

CHRISTOPH SCHEUING

Der Pflichtteilsanspruch
in Zwangsvollstreckung
und Insolvenz

*Veröffentlichungen
zum Verfahrensrecht
136*

Mohr Siebeck

Der Pflichtteilsanspruch in Zwangsvollstreckung und Insolvenz

Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde an der
Fakultät für Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg

vorgelegt von

Christoph Scheuing
aus Köln

Hamburg, 2016

Tag der mündlichen Prüfung: 29. Juni 2016

Erstgutachter: Prof. Dr. Reinhard Bork

Zweitgutachter: Prof. Dr. Robert Koch, LL.M. (McGill)

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht
Band 136

herausgegeben von
Rolf Stürner



Christoph Scheuing

Der Pflichtteilsanspruch in Zwangsvollstreckung und Insolvenz

Eine Untersuchung zu Gehalt und Wirkung
des § 852 Abs. 1 ZPO

Mohr Siebeck

Christoph Scheuing, geboren 1983; Studium der Rechtswissenschaften in Hamburg, Paris und Freiburg i.Br.; stud./wiss. Mitarbeiter an den Lehrstühlen von Prof. Dr. Bork (Hamburg) und Prof. Dr. Merkt (Freiburg); Maîtrise en droit européen an der Universität Paris 1 Panthéon-Sorbonne; Referendariat in Freiburg; seit 2012 Rechtsanwalt und Mitarbeiter in einer BGH-Anwaltskanzlei in Karlsruhe; 2016 Promotion.

ISBN 978-3-16-155092-8

ISSN 0722-7574 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Bei der Aktualisierung konnten Rechtsprechung und Literatur bis Ende des Jahres 2016 berücksichtigt werden.

Herzlich danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Reinhard Bork für seine exzellente Betreuung dieses Promotionsprojekts. Während ich bei Erstellung der Dissertation einerseits über große akademische Freiheit verfügte, war es mir andererseits viel wert, mich bei Bedarf stets an ihn wenden und fachlichen Rückhalt erfahren zu können. Von meiner ersten juristischen Vorlesungsstunde, während meiner schönen und anregenden Zeit als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl und schließlich im Rahmen der Promotion hat Herr Prof. Bork überdies nicht nur immer wieder meine Begeisterung für rechtliche Fragestellungen geweckt und bestärkt, sondern mir zugleich auch die bisweilen gebotene kritische Distanz vermittelt und den Blick über den Tellerrand hinaus gefördert. Auch hierfür bin ich ihm sehr dankbar.

Herrn Prof. Dr. Robert Koch, LL.M. (McGill), gebührt mein Dank für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner danke ich für die freundliche Aufnahme der Dissertation in die von ihm herausgegebene Schriftenreihe *Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht*. Die Verlagsgesellschaft Wort hat mir dankenswerterweise einen Druckkostenzuschuss gewährt.

Ferner stand mir Herr Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof Prof. Dr. Matthias Siegmann stets für fachliche und methodische Fragen zur Verfügung und hat durch die Einräumung größtmöglicher Freiheiten bei meiner Tätigkeit in seiner Kanzlei die Erstellung der Dissertation maßgeblich gefördert; ihm und den weiteren Kolleginnen und Kollegen in der Kanzlei sei aufrichtig gedankt.

Dass die Promotionstätigkeit mit ihren Höhen und Tiefen ohne den nötigen persönlichen Rückhalt nicht möglich gewesen wäre, versteht sich von selbst. Mein größter und herzlichster Dank gilt daher meiner Frau, meiner Schwester und meinen Eltern, die mich auch während der Promotion in jeglicher Hinsicht liebevoll unterstützt haben.

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	1
Erster Teil: Der Pflichtteilsanspruch	8
§ 1 Die Pflichtteilsansprüche des BGB	8
§ 2 Verfassungsrechtliche, rechtspolitische und rechtstatsächliche Bedeutung des Pflichtteilsrechts	30
§ 3 Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Anspruchs	40
Zweiter Teil: Der Pflichtteilsanspruch in der Zwangsvollstreckung	56
§ 4 Die Einschränkung der Zwangsvollstreckung durch § 852 Abs. 1 ZPO	58
§ 5 Einzelgläubigeranfechtung	121
§ 6 Aufrechnung	156
Dritter Teil: Der Pflichtteilsanspruch in der Insolvenz	161
§ 7 Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse	161
§ 8 Rechtsfolgen der Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse	176

§ 9	Insolvenzanfechtung	247
§ 10	Aufrechnung in der Insolvenz	274
	Schluss	282
	Literaturverzeichnis	297
	Stichwortverzeichnis	309

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	1
I. Problemstellung	1
II. Forschungsstand und Zielsetzung	3
III. Gang der Untersuchung	5
Erster Teil: Der Pflichtteilsanspruch	8
§ 1 Die Pflichtteilsansprüche des BGB	8
I. Überblick	8
II. Voraussetzungen	10
1. Pflichtteilsberechtigung	10
a) Berechtigter Personenkreis	10
b) Ausschluss der Pflichtteilsberechtigung	10
aa) Pflichtteilsentziehung	10
bb) Pflichtteilsunwürdigkeit	11
cc) Pflichtteilsverzicht	11
2. Beeinträchtigung in der Beteiligung am Nachlass	11
a) Ordentlicher Pflichtteilsanspruch	12
aa) Kompletter Ausschluss von der Erbfolge	12
bb) Teilweiser Ausschluss von der Erbfolge	12
cc) Beschränkungen und Beschwerden des Erbteils	12
dd) Zuwendung eines Vermächtnisses	13
b) Pflichtteilsergänzungsanspruch	13
aa) Anspruch aus § 2325 Abs. 1 BGB	14
bb) Anspruch aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB	15

III.	Höhe	15
	1. Ordentlicher Pflichtteilsanspruch	15
	a) Quote	15
	aa) Bestimmung des gesetzlichen Erbteils	15
	bb) Umfang des Pflichtteilsanspruchs	17
	b) Nachlasswert	18
	c) Anrechnung und Ausgleichung	18
	2. Pflichtteilsergänzungsanspruch	18
	a) Anspruch aus § 2325 Abs. 1 BGB	19
	b) Anspruch aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB	19
IV.	Schuldner	20
V.	Inhalt und Rechtsnatur	21
	1. Ordentlicher Pflichtteilsanspruch und Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2325 Abs. 1 BGB	21
	2. Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB	22
VI.	Entstehung und Fälligkeit	23
VII.	Durchsetzung	24
	1. Informationserlangung	24
	2. Stundung	25
	3. Verjährung	25
VIII.	Vererblichkeit und Übertragbarkeit	26
	1. Vererblichkeit	26
	2. Übertragbarkeit	27
	a) Allgemein	27
	b) Übertragbarkeit vor der Ausschlagung	28
	c) Übertragbarkeit vor dem Erbfall	28
§ 2	<i>Verfassungsrechtliche, rechtspolitische und rechtstatsächliche Bedeutung des Pflichtteilsrechts</i>	30
I.	Verfassungsrechtliche Dimension	30
	1. Standpunkt der Rechtsprechung	31
	2. Kritik der Literatur	32
	a) Historisch-rechtsvergleichende Begründung	33
	b) Begründung über das Prinzip der Familiensolidarität	34
II.	Rechtspolitische Rechtfertigung	35
	1. Weitere Begründungsansätze	35
	2. Bewertung	36
III.	Rechtstatsächliche Relevanz	37

§ 3	<i>Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Anspruchs</i>	40
I.	Motive für die Nichtgeltendmachung	41
II.	Obliegenheiten zur (Nicht-)Geltendmachung	42
	1. Pflichtteilsstrafklausel	42
	2. Unterhaltsrecht	44
	a) Unterhaltsberechtigter Pflichtteilsanspruchsinhaber	44
	b) Unterhaltsverpflichteter Pflichtteilsanspruchsinhaber	45
	3. Sozialrecht	46
	a) Arbeitslosengeld II	47
	b) Sozialhilfe	48
	c) Prozesskostenhilfe	49
III.	Überleitung und Übergang auf Sozialleistungsträger	50
	1. Sozialhilfe	50
	a) Anwendbarkeit der Überleitungsbezugnis auf Pflichtteilsansprüche	51
	b) Überleitung und Geltendmachung ohne oder gegen den Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers	51
	aa) Rechtsprechung	52
	bb) Literatur	53
	cc) Folgerungen	54
	2. Arbeitslosengeld II	54
IV.	Zusammenfassung	55

Zweiter Teil: Der Pflichtteilsanspruch in der Zwangsvollstreckung 56

§ 4	<i>Die Einschränkung der Zwangsvollstreckung durch § 852 Abs. 1 ZPO</i>	58
I.	Entstehungsgeschichte des § 852 Abs. 1 ZPO	58
	1. Erste Kommission	58
	2. Zweite Kommission	59
	3. Heutige Fassung	60
II.	Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO	61
III.	„Der Pflichtteilsanspruch“ – Anwendungsbereich des § 852 Abs. 1 ZPO	62
IV.	„Der Pfändung nur unterworfen“ – Einschränkende Auslegung der Rechtsfolgen des § 852 Abs. 1 ZPO	65
	1. Bedürfnis für die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO	65

2.	Zulässigkeit der Pfändung des Pflichtteilsanspruchs als eines in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Anspruchs	67
	a) Rechtslage bis 1993	68
	b) Rechtsprechungsänderung durch die Entscheidung des BGH vom 8. Juli 1993	69
	c) Bewertung	71
3.	Ablauf der Zwangsvollstreckung	73
	a) Inhalt des Pfändungsbeschlusses	73
	aa) Hinweis auf die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO	73
	bb) Hinweis auf die Einschränkung der Verwertbarkeit	75
	b) Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO als Voraussetzung für den Überweisungsbeschluss	76
	aa) § 852 Abs. 1 ZPO als Verwertungsverbot	76
	bb) Rechtsschutzgewährungspflicht aus § 852 Abs. 1 ZPO	78
	(1) Konsequenzen der beiden vertretenen Ansichten für den Rechtsschutz	78
	(2) Bewertung der Konsequenzen für den Rechtsschutz	80
	(3) Praktikabilitätserwägungen	82
	cc) Ergebnis	83
4.	Rechtswirkungen der Zwangsvollstreckung	84
	a) Pfändung	85
	aa) Pfandrecht	85
	bb) Befugnisse des Pflichtteilsanspruchsinhabers	86
	(1) Anerkennung durch Vertrag und Rechtshängigmachen des Pflichtteilsanspruchs	87
	(2) Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch	88
	b) Überweisung	90
V.	„Durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden“ – Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO	91
	1. Rechtshängigkeit	93
	2. Anerkennung durch Vertrag	96
	a) Definition der Anerkennung durch Vertrag	96
	aa) Vertretene Ansichten	97
	bb) Bewertung	98
	(1) Rechtsnatur	98
	(2) Inhalt	100
	(3) Parteien	102
	(4) Form	104
	(5) Wirksamkeit	104

(6) Zeitpunkt	105
cc) Ergebnis	106
b) Gleichstellung von Verfügungen	107
aa) Vertretene Ansichten	107
bb) Bewertung	108
(1) Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO	108
(2) Erforderlichkeit eines Verfügungsvertrags	109
(3) Vergleich mit ähnlichen Normen	110
(3.1) § 847 Abs. 1 Satz 2, § 1300 Abs. 2 BGB a.F.	110
(3.2) Erbschaftsteuer- und Schenkungssteuergesetz	111
cc) Ergebnis	112
3. Gemeinsame Fragen beider Tatbestandsvarianten	113
a) Bezifferung des Pflichtteilsanspruchs	113
b) Teilweise Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs	114
c) Endgültigkeit der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs	118
aa) Vertretene Ansichten	118
bb) Bewertung und Ergebnis	119
§ 5 Einzelgläubigeranfechtung	121
I. Möglichkeit der Gläubigerbenachteiligung	122
1. Verwertbarkeit als Voraussetzung der Anfechtung	123
a) Hypothetischer Kausalverlauf	124
b) Reichweite und Gegenstand der Anfechtung	126
aa) Reichweite	126
bb) Gegenstand	127
c) Ergebnis	129
2. Pfändbarkeit als Voraussetzung der Anfechtung	130
a) Maßgeblicher Zeitpunkt	131
b) Zusätzliches Erfordernis der Verwertbarkeit	131
c) Folge für die Auslegung des § 852 Abs. 1 ZPO	132
3. Alternativer Ansatz: Generelle Gläubigerbenachteiligung durch die Weggabe unpfändbarer Gegenstände	134
a) Inhalt und Begründung	134
b) Vergleich mit den Ergebnissen der herrschenden Meinung	135
c) Anwendung auf die Einzelgläubigeranfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch	138
aa) Anwendbarkeit auf die Einzelgläubigeranfechtung	139
bb) Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs	139
cc) Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs	140

d) Bewertung	141
aa) Bewertung in Bezug auf die Einzelgläubigeranfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch	142
bb) Geltung im Allgemeinen	143
e) Ergebnis	144
II. Gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen	145
1. Verzicht	145
a) Verzicht als Bestandteil der von § 852 Abs. 1 ZPO geschützten Entscheidungsfreiheit	147
b) Teilverzicht	149
2. Nichtgeltendmachung bis zur Verjährung	149
3. Ergebnis	151
III. Rechtsfolgen der Einzelgläubigeranfechtung	151
IV. Ergebnis	154
 § 6 <i>Aufrechnung</i>	 156
I. Wortlaut des § 394 Satz 1 BGB i.V.m. § 852 Abs. 1 ZPO	156
II. Zweck des § 394 Satz 1 BGB	157
III. § 852 Abs. 1 ZPO als Erfüllungsverbot	158
IV. Ergebnis	159
 Dritter Teil: Der Pflichtteilsanspruch in der Insolvenz	 161
 § 7 <i>Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse</i>	 161
I. Historische Entwicklung	161
1. Von den Reichsjustizgesetzen des Jahres 1877 bis zur Rechtsprechungsänderung von 1993	162
2. Von der Rechtsprechungsänderung von 1993 bis zur Abschaffung der KO im Jahr 1998	163
3. Situation seit 1999 unter Geltung der InsO	164
II. Dogmatische Einordnung	166
1. Insolvenzbefangenheit spätestens ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO	166
2. Konstruktive Möglichkeit der Insolvenzbefangenheit eines in seiner Verwertbarkeit beschränkten Anspruchs	167
3. Zweck des § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO und des § 852 Abs. 1 ZPO	168
III. Bewertung	169
1. Gleichlauf zwischen (Einzel-)Zwangsvollstreckung und Insolvenz	169

2.	Auswirkungen auf den Schutz der Insolvenzgläubiger . . .	170
a)	Wirksamkeit von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch	171
b)	Schutz der Insolvenzgläubiger gegen benachteiligende Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch	172
3.	Entscheidung	172
IV.	Ergebnis	175
§ 8	<i>Rechtsfolgen der Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse</i>	176
I.	Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO	176
1.	Ausgangslage und Problematik	176
2.	Vertretene Lösungen	177
3.	Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO im Detail	179
a)	Anerkennung durch Vertrag	179
b)	Verfügung	180
c)	Rechtshängigkeit	181
aa)	Voraussetzungen der Rechtshängigkeit	181
bb)	Rechtshängigmachen trotz Insolvenzbefangenheit	182
cc)	Kein Widerspruch zu § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB . . .	184
dd)	Kein Widerspruch zur Rechtsprechung zu § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.	186
ee)	Möglichkeit einer Prozessstandschaft des Pflichtteilsanspruchsinhabers	187
ff)	Fortgang des Prozesses – § 240 ZPO, § 85 InsO . .	189
(1)	Anwendungsbereich der § 240 ZPO, § 85 InsO	190
(2)	Konsequenzen bei Nichtanwendung der § 240 ZPO, § 85 InsO	191
(3)	Analoge Anwendung der § 240 ZPO, § 85 InsO	193
gg)	Bewertung	195
hh)	Rechtshängigmachen durch den Insolvenzverwalter mit Ermächtigung des Insolvenzschuldners	196
4.	Zusammenfassung	197
II.	Sonstige Befugnisse des Insolvenzschuldners	198
1.	Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch	199
2.	Nichtgeltendmachung	199
3.	Verzicht	200
a)	Verzicht nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO	200

b) Verzicht vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO	201
c) Teilverzicht	203
4. Vergleich	204
5. Zusammenfassung	204
III. Pflicht oder Obliegenheit des Insolvenzschuldners zur Geltendmachung	205
1. Entstehung des Pflichtteilsanspruchs vor Beendigung des Insolvenzverfahrens	205
a) Geltendmachungspflicht aus den Regelungen über das Insolvenzverfahren	205
b) Geltendmachungsobliegenheit aus den Regelungen über das Restschuldbefreiungsverfahren	206
aa) § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO	207
bb) § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO	208
c) Zusammenfassung	210
2. Entstehung des Pflichtteilsanspruchs nach Beendigung des Insolvenzverfahrens	211
a) Herausgabeobliegenheit nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO	211
aa) Gegenstand der Herausgabeobliegenheit	212
bb) Schwierigkeiten bei der Realisierung des Vermögenswerts	213
cc) Folgerungen für die Herausgabeobliegenheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers	214
b) Herausgabeobliegenheit vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO	215
aa) Diskussion um das Bestehen einer Geltendmachungsobliegenheit aus § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO	215
(1) Wortlaut und Vergleich mit der Situation im Insolvenzverfahren	216
(2) Schutz auch vor wirtschaftlichem Zwang als Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO	217
(3) Systematik und Sinn des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO	218
(4) Ergebnis und Folgerungen	219
bb) Verhaltensoptionen und Gestaltungsmöglichkeiten zum Hinausschieben der Verjährung	220
(1) Verzicht auf die Einrede der Verjährung	222
(2) Zweiseitige Verlängerung der Verjährungsfrist durch Vereinbarung	224

(3) Einseitige Verlängerung der Verjährungsfrist durch letztwillige Verfügung	225
(4) Sonstige Möglichkeiten zum Hinausschieben der Verjährung	228
c) Zusammenfassung	229
IV. Verwertung durch den Insolvenzverwalter	231
1. Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vor Beendigung des Insolvenzverfahrens	231
a) Kenntnis des Insolvenzverwalters von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO	232
b) Verwertung bei Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag	232
c) Verwertung bei Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs	233
2. Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nach Beendigung des Insolvenzverfahrens	234
a) Anordnung der Nachtragsverteilung	236
b) Durchführung der Nachtragsverteilung	238
c) Zeitraum vor Anordnung der Nachtragsverteilung	239
aa) Vorbehalt der Nachtragsverteilung	240
bb) Verlängerte Nachtragsverteilung	241
V. Massekostendeckungsprüfung nach § 26 InsO	244
 § 9 <i>Insolvenzanfechtung</i>	 247
I. Gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen	248
1. Möglichkeit der Gläubigerbenachteiligung	249
a) Verwertbarkeit als Voraussetzung der Anfechtung	249
b) Insolvenzbefangenheit als Voraussetzung der Anfechtung	251
c) Alternativer Ansatz: Generelle Gläubigerbenachteiligung durch die Weggabe unpfändbarer Gegenstände	253
d) Ergebnis	254
2. Rechtshandlungen des Insolvenzschuldners	254
3. Rechtshandlungen Dritter	256
II. Zeitliche Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung	259
III. Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung	262
IV. Rechtshandlungen nach Beendigung des Insolvenzverfahrens	266
1. Konstruktive Möglichkeit der Insolvenzanfechtung	266
2. Bewertung	270
V. Ergebnis	272

§ 10 Aufrechnung in der Insolvenz	274
I. Bestehen der Aufrechnungslage vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens	274
II. Entstehen der Aufrechnungslage nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	275
1. Aufrechenbarkeit nach § 95 Abs. 1 InsO	276
2. Einschränkende Auslegung des § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO	278
III. Anfechtbare Erlangung der Aufrechnungsmöglichkeit	279
IV. Ergebnis	280
 Schluss	 282
I. Zusammenfassung	282
1. Der Pflichtteilsanspruch	282
a) Die Pflichtteilsansprüche des BGB	282
b) Verfassungsrechtliche, rechtspolitische und rechtstatsächliche Bedeutung des Pflichtteilsrechts	282
c) Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Anspruchs	283
2. Der Pflichtteilsanspruch in der Zwangsvollstreckung	283
a) Die Einschränkung der Zwangsvollstreckung durch § 852 Abs. 1 ZPO	283
b) Einzelgläubigeranfechtung	284
c) Aufrechnung	285
3. Der Pflichtteilsanspruch in der Insolvenz	286
a) Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse	286
b) Rechtsfolgen der Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse	286
c) Insolvenzanfechtung	288
d) Aufrechnung in der Insolvenz	289
II. Ausblick	290
III. Thesen	292
 Literaturverzeichnis	 297
Stichwortverzeichnis	309

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.F.	alter Fassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
AnfG	Anfechtungsgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayOBLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
Bearb.	Bearbeiter(in)
Begr.	Begründer(in)
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BFH/NV	Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Breith	Breithaupt – Sammlung von Entscheidungen aus dem Sozialrecht
BSG	Bundessozialgericht
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CPO	Civilprozeßordnung
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DNotI-Report	Informationsdienst des deutschen Notarinstituts
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift

EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
Einl.	Einleitung
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
ErgIfg.	Ergänzungslieferung
EStG	Einkommensteuergesetz
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende(r/s)
FamFG	Familienverfahrensgesetz (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit)
FamRB	Der Familien-Rechtsberater
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FD-ErbR	Fachdienst Erbrecht
FD-InsR	Fachdienst Insolvenzrecht
FEVS	Fürsorgerechtliche Entscheidungen der Verwaltungs- und Sozialgerichte
FF	Forum Familienrecht
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
Fortf.	Fortführer(in)
FS	Festschrift
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung
GG	Grundgesetz
GKG	Gerichtskostengesetz
GIRStG	Gläubigerrechte-Stärkungsgesetz (Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GuT	Gewerbemiete und Teileigentum
Hinw.	Hinweis(e)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber(in)
i.E.	im Ergebnis
i.V.m.	in Verbindung mit
InsO	Insolvenzordnung
jur.	juristische(r/s)
JurBüro	Das Juristische Büro
Juris-Rn.	Randnummer in der Datenbank Juris
jurisPK-BGB	juris PraxisKommentar BGB
jurisPR-BGHZivilR	juris PraxisReport BGH-Zivilrecht
jurisPR-BKR	juris PraxisReport Bank- und Kapitalmarktrecht
jurisPR-FamR	juris PraxisReport Familien- und Erbrecht
jurisPR-InsR	juris PraxisReport Insolvenzrecht
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung

KG	Kammergericht (Berlin)
KO	Konkursordnung
KTS	Konkurs, Treuhand, Sanierung. Zeitschrift für Insolvenzrecht
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	Litera
LM	Lindenmaier-Möhring. Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
LSG	Landessozialgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
Neubearb.	Neubearbeitung
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer(n)
NRW	Nordrhein-Westfalen
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report
OLGZ	Entscheidungssammlung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
PfÜB	Pfändungs- und Überweisungsbeschluss
Red.	Redakteur(in)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer(n)
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
RP	Rheinland-Pfalz
RPflG	Rechtspflegergesetz
Rspr.	Rechtsprechung
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
S.	Seite(n)
SGB	Sozialgesetzbuch
steuerrechtl.	steuerrechtlich
u.a.	und andere
Urt.	Urteil

v.	von / vom
Var.	Variante
Verf.	Verfasser(in)
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VIA	Verbraucherinsolvenz aktuell
Vorb(em).	Vorbemerkung(en)
WarnRspr	Warneyer. Rechtsprechung des Reichsgerichts
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WuB	Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht
ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNotP	Zeitschrift für die NotarPraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPO-RG	Zivilprozessreformgesetz
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVI	Zeitschrift für Verbraucher- und Privatinsolvenzrecht
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Haftung im Unternehmen

Einleitung

Nach § 852 Abs. 1 ZPO ist der Pflichtteilsanspruch „der Pfändung nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist“. Mit dieser seit über 116 Jahren geltenden Vorschrift soll es einerseits dem Inhaber eines Pflichtteilsanspruchs ermöglicht werden, sich frei und ohne Druck durch seine Gläubiger für oder gegen die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs zu entscheiden. Andererseits soll im Falle der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs dessen wirtschaftlicher Wert den Gläubigern des Pflichtteilsanspruchsinhabers zugute kommen. So klar dieser Zweck und die mit § 852 Abs. 1 ZPO getroffene Regelung auf den ersten Blick erscheinen, so schwierig sind doch die Fragen, welche diese Vorschrift bei näherer Betrachtung für die (Einzel-)Zwangsvollstreckung und die Gesamtvollstreckung (Insolvenz) in einen Pflichtteilsanspruch mit sich bringt.

Viele Jahrzehnte lang hatte man die Vorschrift des § 852 Abs. 1 ZPO wörtlich verstanden und entsprechend gehandhabt. Seit einer richtungsweisenden Entscheidung aus dem Jahr 1993 ist die höchstrichterliche Rechtsprechung jedoch der Auffassung, dass ein Pflichtteilsanspruch entgegen dem Wortlaut des § 852 Abs. 1 ZPO schon vor Erfüllung der dort genannten Voraussetzungen als ein in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingter Anspruch gepfändet werden könne.¹

Inwiefern dieses Verständnis des § 852 Abs. 1 ZPO berechtigt ist, welche vielfältigen Probleme sich daraus für den Pflichtteilsanspruch in der (Einzel-)Zwangsvollstreckung und in der Insolvenz ergeben und wie diese Probleme gelöst werden können, ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

I. Problemstellung

Auf der Ebene der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ist sowohl für die (Einzel-)Zwangsvollstreckung als auch für die Insolvenz von Bedeutung, wann genau ein Pflichtteilsanspruch durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Insbesondere das Merkmal der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag bedarf näherer Konturierung. Zudem ist zu klären, inwiefern auch in einer nach § 2317 Abs. 2 Var. 2 BGB ohne Weiteres

¹ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Leitsatz 1 und Juris-Rn. 9 = S. 185 f.).

möglichen Verfügung über den Pflichtteilsanspruch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu sehen ist.

Für die (Einzel-)Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch ist ferner entscheidend, ob der von der Rechtsprechung und mittlerweile auch dem Großteil der Literatur befürworteten einschränkenden Auslegung der Rechtsfolgen des § 852 Abs. 1 ZPO zu folgen ist. Bejahendenfalls ist zu prüfen, wie genau die eingeschränkte Pfändung des Pflichtteilsanspruchs zu erfolgen hat. Klärungsbedürftig ist insofern nicht nur, welchen Inhalt der Pfändungsbeschluss haben muss, sondern darüber hinaus vor allem, ob auch die Überweisung des gepfändeten Pflichtteilsanspruchs zur Einziehung bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgen kann.

Im Falle der Insolvenz des Pflichtteilsanspruchsinhabers stellt sich die grundlegende Frage, ob auch hier von der eingeschränkten Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs mit der Folge auszugehen ist, dass der Pflichtteilsanspruch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse zu zählen ist. Für die Beantwortung dieser Frage haben sich durch den Übergang von der Konkurs- zur Insolvenzordnung im Jahr 1999 neue Perspektiven ergeben. Bejaht man mit der herrschenden Meinung die Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO, so ist problematisch, inwiefern diese Voraussetzungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens überhaupt noch erfüllt werden können. Für den insolventen Pflichtteilsanspruchsinhaber könnte der Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch zur Folge haben, dass er selbst die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht mehr herbeizuführen vermag. Andererseits fehlt dem verwaltungs- und verfügungsbefugten Insolvenzverwalter die Entscheidungsbefugnis über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs, sodass eine Pattsituation bestehen könnte. Sollte der Pflichtteilsanspruchsinhaber weiterhin die Möglichkeit zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO haben, dann ist fraglich, ob ihn in den verschiedenen Phasen des Insolvenzverfahrens bis hin zu einer möglichen Erlangung der Restschuldbefreiung eine Pflicht oder Obliegenheit zur Geltendmachung seines insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs treffen kann.

Sowohl für die (Einzel-)Zwangsvollstreckung als auch für die Insolvenz ist überdies die Anfechtbarkeit von Einwirkungen auf den Pflichtteilsanspruch problematisch. Insbesondere ist fraglich, ob eine Verfügung des Pflichtteilsanspruchsinhabers über seinen Anspruch die Gläubiger benachteiligen kann. Zudem ist für die (Einzel-)Zwangsvollstreckung und die Insolvenz jeweils zu klären, inwiefern der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs gegen diesen aufrechnen kann.

Die geschilderten Probleme sind zum einen von großer praktischer Relevanz. So wächst mit dem in Deutschland insgesamt vererbten Vermögen zugleich die wirtschaftliche Bedeutung entsprechender Pflichtteilsansprüche. Mit

den genannten Fragen sind dabei nicht nur der Inhaber und der Schuldner eines Pflichtteilsanspruchs sowie die Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers konfrontiert; auch die Vollstreckungsgerichte und die Insolvenzverwalter stehen immer häufiger vor den sich bei der Vollstreckung in Pflichtteilsansprüche ergebenden Problemen. Die hierauf zu gebenden Antworten prägen auch die (erb)rechtliche Beratung.

Zum anderen sind die angeführten Fragen auch von großem Interesse für die zwangsvollstreckungs- und insolvenzrechtliche Dogmatik. Bereits die Pfändbarkeit eines in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Anspruchs stellt ein dogmatisches Novum dar. Darüber hinaus werfen die (Einzel-)Zwangsvollstreckung und die Gesamtvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch zahlreiche Verständnisfragen auf, deren Beantwortung Auswirkungen auf weitere Bereiche haben kann. Dies betrifft etwa die Voraussetzungen für den Erlass eines Überweisungsbeschlusses oder die Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtshängigkeit. Ferner führt die Beurteilung des Vorliegens einer Gläubigerbenachteiligung bei der Verfügung über den bis dahin nur eingeschränkt pfändbaren und jedenfalls nicht verwertbaren Pflichtteilsanspruch zu grundsätzlichen Fragen nach Sinn und Zweck der Einzelgläubiger- und der Insolvenzanfechtung.

II. Forschungsstand und Zielsetzung

Angesichts der großen Bedeutung der Fragen rund um die Vollstreckung in den Pflichtteilsanspruch für die Rechtspraxis und die Rechtswissenschaft erstaunt es, welch geringe Aufmerksamkeit diesen Problemen im Schrifttum bislang zuteil geworden ist. Zwar ist einerseits aus erbrechtlicher Perspektive der Pflichtteilsanspruch mannigfach untersucht und beschrieben worden; dabei haben aber die Schwierigkeiten der (Einzel-)Zwangsvollstreckung und der Gesamtvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch kaum Beachtung gefunden. In der zwangsvollstreckungs- und insolvenzrechtlichen Literatur andererseits werden ebenfalls regelmäßig nur Einzelaspekte der Vollstreckung in den Pflichtteilsanspruch aufgegriffen, ohne dass die Gesamtproblematik ins Blickfeld genommen würde.

Freilich hat die Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Jahr 1993 in der Literatur Widerhall gefunden und einige wenige Aufsätze zur (Einzel-)Zwangsvollstreckung und bisweilen auch zur Gesamtvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch veranlasst.² Die nachfolgenden höchstrichterlichen Entscheidungen, in welchen die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs als eines in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Anspruchs bestätigt und weitere Fragen – etwa auch zur Insolvenz des Pflichtteilsanspruchsinhabers – beantwortet wurden,³ wurden aber ihrerseits meist nur noch in kürzeren

² Etwa *Kuchinke*, NJW 1994, 1769; *Schubert*, JR 1994, 419; *Behr*, JurBüro 1996, 65; *Greve*, ZIP 1996, 699; *Keim*, ZEV 1998, 127; *Klumpp*, ZEV 1998, 123.

³ BGH, Urt. v. 06.05.1997 – IX ZR 147/96, NJW 1997, 2384; BGH, Beschl. v. 18.12.2008 – IX ZB 249/07, NJW-RR 2009, 632; BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-

Entscheidungsanmerkungen behandelt; umfassendere Literaturbeiträge zur Vollstreckung in den Pflichtteilsanspruch gibt es jedenfalls kaum.⁴

Monographisch hat sich *Caroline (Meller-)Hannich* mit der Pfändungsbeschränkung des § 852 ZPO in ihrer im Jahr 1998 erschienenen Dissertation befasst,⁵ in welcher jedoch nicht allen sich bei der (Einzel-)Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch stellenden Fragen in der gebührenden Tiefe nachgegangen wurde und die Fragen der Gesamtvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch nur am Rande angesprochen wurden. Die seit Einführung der Insolvenzordnung zum Jahr 1999 mit der Insolvenz des Pflichtteilsanspruchsinhabers verbundenen Probleme haben in mehreren Dissertationen mit anderer Schwerpunktsetzung zwar Erwähnung,⁶ jedoch keine vertiefte Behandlung gefunden.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es daher, die Schwierigkeiten der (Einzel-)Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch und der Insolvenz des Pflichtteilsanspruchsinhabers im Zusammenhang darzustellen, zu untersuchen und zu lösen. Hierzu soll aus zwangsvollstreckungsrechtlicher bzw. insolvenzrechtlicher Perspektive versucht werden, durch sachgerechte Lösung der sich stellenden Einzelfragen dem gesetzgeberischen Bestreben Rechnung zu tragen, zum einen die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers und zum anderen die Interessen der Gläubiger am Zugriff auf den geltend gemachten Pflichtteilsanspruch zu wahren. Stets sollen dabei aber die gefundenen Antworten auch zueinander in Beziehung gesetzt und die Auswirkungen auf parallele Problembereiche bei der Vollstreckung in den Pflichtteilsanspruch miterwogen werden.

Die vorliegende Arbeit soll dabei einerseits einen Beitrag zur wissenschaftlichen Diskussion der behandelten Fragen leisten und auch Anstöße für die Lösung allgemeinerer zwangsvollstreckungsrechtlicher und insolvenzrechtlicher Probleme geben. Andererseits wäre es begrüßenswert, wenn die Arbeit von der Rechtspraxis als ein Werk verstanden würde, das die bei der (Einzel-)Zwangsvollstreckung und der Gesamtvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch auftretenden Schwierigkeiten darstellt, in Zusammenhang setzt und praxistaugliche Lösungen anbietet.

Bewusst konzentriert sich die vorliegende Arbeit auf die Behandlung allein des in § 852 Abs. 1 ZPO geregelten Pflichtteilsanspruchs. Inwiefern die gefundenen Lösungen auf die in § 852 Abs. 2 ZPO in Bezug genommenen Ansprüche (Rückgewähranspruch des verarmten Schenkers und Zugewinnausgleichsanspruch) übertragen werden können, mögen weitere Untersuchungen klären.

RR 2009, 997; BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, NJW-RR 2010, 121; BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, NJW 2011, 1448; BGH, Beschl. v. 11.06.2015 – IX ZB 18/13, ZIP 2015, 1595.

⁴ Immerhin aber etwa *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173; *Lüke*, FS Kanzleiter, 271.

⁵ *Hannich*, Die Pfändungsbeschränkung des § 852 ZPO, 1998.

⁶ Etwa *Engelmann*, Letztwillige Verfügungen zugunsten Verschuldeter oder Sozialhilfbedürftiger, 2001; *Geitner*, Der Erbe in der Insolvenz, 2007; *Lehmann*, Erbrechtlicher Erwerb im Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren, 2007; *Menzel*, Entschließungsfreiheiten im Erbrecht und Dritinteressen, 2008.

III. Gang der Untersuchung

Ihrem Titel entsprechend ist die Arbeit in drei Hauptteile gegliedert. Während im ersten – vornehmlich darstellenden – Teil die Merkmale des Pflichtteilsanspruchs unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs herausgearbeitet werden sollen, wird im zweiten Teil der Arbeit die (Einzel-)Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch behandelt. In diesem (einzel-)zwangsvollstreckungsrechtlichen Teil werden auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO näher ausgelegt. Der dritte Teil ist sodann der Insolvenz des Pflichtteilsanspruchsinhabers gewidmet. Die Anfechtung und die Aufrechnung werden mit ihren je spezifischen Fragestellungen sowohl im zweiten als auch im dritten Teil der Arbeit erörtert, wobei im Rahmen der Untersuchung der Insolvenz auf die bei der Behandlung der (Einzel-)Zwangsvollstreckung gefundenen Ergebnisse weitgehend zurückverwiesen werden kann.

Freilich beeinflussen sich die Überlegungen zur (Einzel-)Zwangsvollstreckung und zur Gesamtvollstreckung wechselseitig und es ist nicht ausgeschlossen, dass Erkenntnisse zum Umgang mit dem Pflichtteilsanspruch in der Insolvenz des Pflichtteilsanspruchsinhabers auch für die Lösung der bei der (Einzel-)Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch auftretenden Probleme von Bedeutung sein können. So hat etwa der Bundesgerichtshof die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO aus einer zum Pflichtteilsanspruch im Konkurs vertretenen Auffassung hergeleitet.⁷ Zudem kommt insbesondere der Insolvenzanfechtung in der Rechtspraxis und im Schrifttum deutlich größeres Gewicht zu als der Einzelgläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz. Dennoch erscheint es vorzugswürdig, zunächst die (Einzel-)Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch und sodann die sich bei der Insolvenz des Pflichtteilsanspruchsinhabers stellenden Fragen zu behandeln.⁸ Zum einen entspricht der Schluss von der (Einzel-)Zwangsvollstreckung auf die Gesamtvollstreckung nämlich der gesetzlichen Systematik des § 36 Abs. 1 InsO und zum anderen bietet es sich auch von der Sache her an, zunächst nur die Vollstreckung durch einen einzelnen Gläubiger in den Blick zu nehmen, bevor die dazu gefundenen Lösungen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger auf die Gesamtvollstreckung im Insolvenzverfahren bezogen werden können.

Des Näheren sollen im Rahmen des ersten Teils der Arbeit in § 1 die charakteristischen Merkmale der in den §§ 2303 ff. BGB geregelten Pflichtteilsansprüche überblicksartig dargestellt werden, um so eine Grundlage für die weitere Untersuchung zu schaffen. In § 2 sind die verfassungsrechtliche Dimension des

⁷ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 15 = S. 189). Vgl. dazu auch *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (278).

⁸ So auch das Vorgehen bei *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (272 ff.).

Pflichtteilsrechts, dessen rechtspolitische Rechtfertigung und dessen rechtstat-sächliche Relevanz zu erörtern. § 3 ist der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs gewidmet; untersucht wird, welche Motive der Pflichtteilsanspruchsinhaber für die Nichtgeltendmachung haben kann und inwiefern durch Pflichtteilsstrafklauseln, durch das Unterhaltsrecht und durch das Sozialrecht Obliegenheiten zur (Nicht-)Geltendmachung begründet werden können; ferner werden die Auswirkungen der Überleitung und des Übergangs des Pflichtteilsanspruchs auf Sozialleistungsträger aufgezeigt.

Im zweiten Teil der Arbeit ist in § 4 zuvorderst und vor allem die Einschränkung der (Einzel-)Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch durch § 852 Abs. 1 ZPO in den Blick zu nehmen. Ausgehend von der Entstehungsgeschichte und dem Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO sind dessen Merkmale „Der Pflichtteilsanspruch“, „der Pfändung nur unterworfen“ und „durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden“ auszulegen. Im Rahmen der Behandlung des Merkmals „der Pfändung nur unterworfen“ sind dabei die Zulässigkeit und die Gebotenheit der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Jahr 1993 geschaffenen Figur der Pfändung eines in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Anspruchs zu untersuchen, bevor der sich daraus ergebende Ablauf der Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch sowie die Rechtswirkungen der Zwangsvollstreckung – insbesondere in Bezug auf die Befugnisse des Pflichtteilsanspruchsinhabers zur Geltendmachung des Anspruchs – erörtert werden können. Wann ein Pflichtteilsanspruch im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO „durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist“ und inwiefern auch eine Verfügung über den Pflichtteilsanspruch diese Voraussetzungen erfüllt, ist im Übrigen gleichermaßen für die (Einzel-)Zwangsvollstreckung wie für die Gesamtvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch von Bedeutung. In § 5 wird die Einzelgläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz untersucht, wobei insbesondere der Frage nachzugehen ist, ob auch eine vor anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgende Verfügung über den Pflichtteilsanspruch die Gläubiger benachteiligen kann. Neben der herrschenden Meinung soll dabei auch einem alternativen Ansatz Raum gegeben werden, demzufolge die Weggabe unpfändbarer Gegenstände stets gläubigerbenachteiligend ist. Ist die Möglichkeit einer Gläubigerbenachteiligung geklärt, können sodann die in Betracht kommenden Rechtshandlungen – insbesondere der Verzicht und die Nichtgeltendmachung des Pflichtteilsanspruchs bis zur Verjährung – auf ihre gläubigerbenachteiligende Wirkung hin untersucht werden. In einem kurzen § 6 ist schließlich zu erörtern, unter welchen Voraussetzungen der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs gegen den Pflichtteilsanspruch aufrechnen kann.

Nach Behandlung der (Einzel-)Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch kann im dritten Teil der Arbeit der Gesamtvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch nachgegangen werden. In § 7 ist zunächst die hierfür grundlegenden Frage nach der Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse

zu beantworten, bevor im anschließenden § 8 die Rechtsfolgen der Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs im Einzelnen zu thematisieren sind. Dort ist zu untersuchen, wie trotz Insolvenzbefangenheit die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO noch erfüllt werden können, welche sonstigen Befugnisse dem insolventen Pflichtteilsanspruchsinhaber in Bezug auf seinen Pflichtteilsanspruch zustehen und inwiefern eine Pflicht oder Obliegenheit – insbesondere im Rahmen des Restschuldbefreiungsverfahrens – zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs bestehen kann. Schließlich ist auf die Verwertung des insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs durch den Insolvenzverwalter einzugehen. § 9 ist der Insolvenzanfechtung gewidmet, wobei grundsätzlich auf § 5 zur Einzelgläubigeranfechtung verwiesen werden kann und nur noch die spezifischen Merkmale der Insolvenzanfechtung herauszuarbeiten sind. Auch hier soll alternative Ansatz Beachtung finden, der eine Gläubigerbenachteiligung durch die Weggabe unpfändbarer Gegenstände bejaht. Schließlich ist in einem wiederum kurzen § 10 darzustellen, welchen Besonderheiten die Aufrechnung gegen den Pflichtteilsanspruch in der Insolvenz des Pflichtteilsanspruchsinhabers unterliegt.

In einem Schlussteil sollen schließlich die gefundenen Ergebnisse zusammengefasst und Ausblicke auf weitere Aspekte der Thematik dieser Arbeit gegeben werden. Ganz am Ende werden die aus der Arbeit folgenden Ergebnisse in Form von Thesen zur Diskussion gestellt.

Erster Teil:

Der Pflichtteilsanspruch

Bevor der Pflichtteilsanspruch hinsichtlich seiner Besonderheiten bei der Einzel- und der Gesamtvollstreckung beleuchtet werden kann, soll zunächst der Pflichtteilsanspruch als solcher umrissen werden. Darzustellen sind die Charakteristika der im BGB geregelten Pflichtteilsansprüche, die verfassungsrechtliche, rechtspolitische und rechtstatsächliche Bedeutung des Pflichtteilsrechts und der Grundsatz der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs mit seinen möglichen Einschränkungen.

§ 1 Die Pflichtteilsansprüche des BGB

I. Überblick

Geregelt ist das Recht des Pflichtteils im fünften Abschnitt des fünften Buches des BGB (§ 2303 – § 2338 BGB). Dabei wird dem Pflichtteilsberechtigten ein Gesamtpflichtteil gewährt, der sich aus dem ordentlichen Pflichtteilsanspruch (§ 2303 – § 2309 BGB) und dem Pflichtteilsergänzungsanspruch (§ 2325 – § 2331 BGB) zusammensetzt. Während der ordentliche Pflichtteilsanspruch nach dem realen Nachlass zu berechnen ist, richtet sich der Pflichtteilsergänzungsanspruch nach dem fiktiven Nachlass, der sich bei Hinzurechnung ergänzungspflichtiger Schenkungen ergibt.¹ Beide Ansprüche weisen zahlreiche Gemeinsamkeiten auf, sodass es in vielerlei Zusammenhängen gerechtfertigt ist, von „dem Pflichtteilsanspruch“ als Oberbegriff für den ordentlichen Pflichtteilsanspruch und den Pflichtteilsergänzungsanspruch zu sprechen.²

Dem Pflichtteilsanspruch als Anspruch im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB vorgelagert ist das in einer familienrechtlichen Beziehung mit dem Erblasser begründete Rechtsverhältnis, aus dem mit dem Tod des Erblassers unter gewissen Voraussetzungen ein Pflichtteilsanspruch entsteht; dieses Rechtsverhält-

¹ Müller, in: BeckOK-BGB, § 2303 Rn. 1.

² Mayer, in: BeckOK-BGB, § 2325 Rn. 2. Soweit in dieser Arbeit nicht ausdrücklich unterschieden wird, wird mit „dem Pflichtteilsanspruch“ somit sowohl auf den ordentlichen Pflichtteilsanspruch als auch auf den Pflichtteilsergänzungsanspruch Bezug genommen.

nis wird bisweilen Pflichtteilsrecht genannt.³ Da jedoch auch das den Pflichtteil regelnde Rechtsgebiet als Pflichtteilsrecht bezeichnet wird,⁴ empfiehlt es sich, für das dem Pflichtteilsanspruch vorgelagerte Rechtsverhältnis eher von der Pflichtteilsberechtigung zu sprechen. Bereits zu Lebzeiten des Erblassers ist diese Pflichtteilsberechtigung von rechtlicher Relevanz und kann etwa Gegenstand einer Feststellungsklage,⁵ eines Erbverzichtsvertrags mit dem Erblasser nach § 2346 BGB oder eines schuldrechtlichen Vertrags unter Lebenden nach § 311b Abs. 5 Satz 1 BGB sein.⁶

Ihre letzte größere Modifikation haben die Regelungen des BGB zum Pflichtteil durch das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24. September 2009 erfahren (Erbrechtsreform 2009).⁷ Diese Reform hat zwar die Grundzüge wie etwa den Kreis der Pflichtteilsberechtigten oder die Höhe des Pflichtteilsanspruchs nicht angetastet. Mit Wirkung zum 1. Januar 2010 hat sie aber doch Änderungen insbesondere für die Bereiche der Pflichtteilsansprüche von mit Beschränkungen oder Beschwerden eingesetzten Erben, der Pflichtteilsergänzungsansprüche bei Schenkungen und der Möglichkeiten zur Entziehung des Pflichtteils mit sich gebracht.⁸ Sofern diese Änderungen für den Fortgang der Untersuchung nicht von Bedeutung sind, kann sich die Darstellung auf die geltende Rechtslage beschränken und Übergangsregelungen außer Betracht lassen. Unberücksichtigt bleiben aus demselben Grund auch die (Übergangs-)Regelungen zu dem ehemals in § 1934a – § 1934e BGB a.F. vorgesehenen vorzeitigen Erbausgleich.

Entsprechend anwendbar sind die für den Pflichtteilsanspruch geltenden Vorschriften nach der gesetzlichen Anordnung in § 1511 Abs. 2 Satz 2 BGB auf den Anspruch des ausgeschlossenen Abkömmlings aus § 1511 Abs. 2 Satz 2 BGB, der entsteht, wenn ein Ehegatte für den Fall der Beendigung der Ehe durch seinen Tod einen gemeinschaftlichen Abkömmling durch letztwillige Verfügung nach § 1511 Abs. 1 BGB von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausschließt. Da sich bei diesem als „Quasi-Pflichtteil“ bezeichneten Anspruch für die hier interessierenden Zusammenhänge keine Besonderheiten ergeben, sei auf die Darstellung dieses Anspruchs in der Literatur verwiesen.⁹

³ BGH, Urt. v. 13.11.1996 – IV ZR 62/96, BGHZ 134, 60 (Juris-Rn. 15 = S. 64 f.); *Leipold*, Rn. 821a; *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 4098; *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2303 Rn. 15.

⁴ Vgl. nur *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 4076.

⁵ BGH, Urt. v. 06.12.1989 – IVa ZR 249/88, BGHZ 109, 306 (Juris-Rn. 5 f. = S. 308); *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (123).

⁶ *Muscheler*, Universalsukzession, S. 154 f.; *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 4088, 4098; *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2303 Rn. 15.

⁷ BGBI. 2009 I S. 3142 (Nr. 63).

⁸ Vgl. etwa *Leipold*, Rn. 821b; *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 4089; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2303 Rn. 8 f.

⁹ Etwa *Hausch*, in: jurisPK-BGB, § 1511 Rn. 19 ff.; *Kanzleiter*, in: MünchKomm-BGB, § 1511 Rn. 4; *Siede*, in: BeckOK-BGB, § 1511 Rn. 4; *Thiele*, in: Staudinger, Neubearb. 2007, § 1511 Rn. 17 f.

II. Voraussetzungen

Mit dem Tod des Erblassers erwachsen Pflichtteilsansprüche allen denjenigen, die pflichtteilsberechtigt sind und die in ihrer Teilhabe am Nachlass durch den Erblasser beeinträchtigt worden sind.

1. Pflichtteilsberechtigung

Pflichtteilsberechtigt ist, wer zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen gehört, ohne dass die Pflichtteilsberechtigung ausgeschlossen ist.

a) Berechtigter Personenkreis

Nach § 2303 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BGB setzt sich der pflichtteilsberechtigte Personenkreis aus den Abkömmlingen, den Eltern und dem Ehegatten des Erblassers zusammen, wobei dem Ehegatten nach § 10 Abs. 6 LPartG der (eingetragene) Lebenspartner gleichsteht.

Lebt im Zeitpunkt des Erbfalls ein näherer Abkömmling, so schließt er nach § 1924 Abs. 2, § 1930 BGB die Pflichtteilsberechtigung der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern aus; kraft gesetzlicher Fiktion als nicht vorhanden gilt ein näherer Abkömmling, der die Erbschaft ausgeschlagen hat (§ 1953 Abs. 1 BGB), auf sein Erbrecht verzichtet hat (§ 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder für erbunwürdig erklärt worden ist (§ 2344 Abs. 1 BGB). Nach § 2309 BGB ist die Pflichtteilsberechtigung entfernterer Abkömmlinge oder der Eltern dann ausgeschlossen, wenn ein näherer Abkömmling den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt; den Pflichtteil verlangen kann der nähere Abkömmling aber nur, wenn ihm der Pflichtteil nicht entzogen wurde (§§ 2333 ff. BGB)¹⁰ und er nicht für pflichtteilsunwürdig erklärt worden ist (§ 2345 Abs. 2 BGB).¹¹

Die Pflichtteilsberechtigung des Ehegatten und des Lebenspartners endet mit dem Verlust des Ehegattenerbrechts nach § 1933 BGB bzw. dem Verlust des Lebenspartnererbrechts nach § 10 Abs. 3 LPartG.

b) Ausschluss der Pflichtteilsberechtigung

Eine grundsätzlich gegebene Pflichtteilsberechtigung kann ausgeschlossen sein durch Pflichtteilsentziehung, durch Pflichtteilsunwürdigkeit oder durch Pflichtteilsverzicht.

aa) Pflichtteilsentziehung

Liegt einer der Gründe des § 2333 Abs. 1 BGB vor, so kann der Erblasser dem betreffenden Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteil durch letztwillige Ver-

¹⁰ BGH, Urt. v. 13.04.2011 – IV ZR 204/09, BGHZ 189, 171 (Rn. 36); *Leipold*, Rn. 822 Fn. 4.

¹¹ *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2309 Rn. 12; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2309 Rn. 10.

fügung in der Form des § 2336 BGB entziehen. Dabei ist nach § 2336 Abs. 2 Satz 1 BGB in der letztwilligen Verfügung auch zumindest der Kern des den Entziehungsgrund bildenden Sachverhalts anzugeben.¹² Die Entziehung ist nach § 2337 BGB unwirksam, wenn der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten vor oder nach der Pflichtteilsentziehung verziehen hat.

Lebt ein Pflichtteilsberechtigter in hohem Maße verschwenderisch oder ist er stark überschuldet, so kann der Erblasser durch letztwillige Verfügung nach § 2338 BGB den Pflichtteil sogenannten Beschränkungen in guter Absicht unterwerfen, indem er etwa die gesetzlichen Erben des Abkömmlings als Nacherben oder Nachvermächtnisnehmer bestimmt oder die Verwaltung des Pflichtteils durch einen Testamentsvollstrecker anordnet. Derartige Beschränkungen ändern aber nichts an der Pflichtteilsberechtigung des Betroffenen.

bb) Pflichtteilsunwürdigkeit

Für sämtliche Pflichtteilsberechtigte ist die Pflichtteilsberechtigung nach § 2345 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB ausgeschlossen, wenn sie sich einer der in § 2339 Abs. 1 BGB bezeichneten und zur Erbwürdigkeit führenden Verfehlungen schuldig gemacht haben und der Pflichtteilerwerb nach den §§ 2340 ff. BGB angefochten wird.

cc) Pflichtteilsverzicht

Ausgeschlossen ist die Pflichtteilsberechtigung schließlich, wenn ein Pflichtteilsberechtigter durch Erbvertrag mit dem Erblasser – gegebenenfalls gegen Abfindung – auf sein gesetzliches Erbrecht (§ 2346 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder zumindest auf sein Pflichtteilsrecht (§ 2346 Abs. 2 BGB) verzichtet hat.

2. Beeinträchtigung in der Beteiligung am Nachlass

Für die Entstehung eines Pflichtteilsanspruchs muss der Pflichtteilsberechtigte durch den Erblasser komplett übergangen oder in anderer Weise in seiner erbrechtlichen Position beeinträchtigt worden sein. Liegt der Beeinträchtigung des Pflichtteilsberechtigten durch den Erblasser eine Verfügung von Todes wegen zugrunde, kann dies zu einem ordentlichen Pflichtteilsanspruch führen. Erfolgt die Beeinträchtigung dadurch, dass der Erblasser vor seinem Tod Vermögen verschenkt, kann ein Pflichtteilsergänzungsanspruch entstehen.

¹² BGH, Urt. v. 27.02.1985 – IVa ZR 136/83, BGHZ 94, 36 (Juris-Rn. 19 f. = S. 40–42); gebilligt durch BVerfG, Beschl. v. 11.05.2005 – 1 BvR 62/00, NJW 2005, 2691; *Leipold*, Rn. 857.

a) Ordentlicher Pflichtteilsanspruch

Je nach Art der Beeinträchtigung des Pflichtteilsberechtigten durch den Erblasser mittels Verfügung von Todes wegen sind vier verschiedene Möglichkeiten der Entstehung des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs zu unterscheiden.

aa) Kompletter Ausschluss von der Erbfolge

Nach § 2303 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BGB steht einem Pflichtteilsberechtigten der ordentliche Pflichtteilsanspruch zu, wenn er durch den Erblasser komplett von der Erbfolge ausgeschlossen ist. Unerheblich ist, ob der Ausschluss ausdrücklich, etwa durch ein negatives Testament nach § 1938 BGB, oder stillschweigend durch restlose Verteilung des Nachlasses unter Übergehung des Pflichtteilsberechtigten geschieht.¹³ Nach der Auslegungsregel des § 2304 BGB gilt ein Pflichtteilsberechtigter im Zweifel als enterbt, wenn der Erblasser ihm – nur – den (ordentlichen) Pflichtteil zuwendet.

bb) Teilweiser Ausschluss von der Erbfolge

Wird der Pflichtteilsberechtigte zwar Erbe, ist der ihm durch Verfügung von Todes wegen zugewandte Erbteil aber geringer als die Hälfte des ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zustehenden Erbteils, so steht ihm nach § 2305 Satz 1 BGB ein Pflichtteilsanspruch zu, der, als Unterform des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs, auch als Zusatzpflichtteilsanspruch oder als Pflichtteilsrestanspruch bezeichnet wird.¹⁴

cc) Beschränkungen und Beschwerden des Erbteils

Unterliegt der dem Pflichtteilsberechtigten zugewandte Erbteil einer Beschränkung in Form der Einsetzung eines Nacherben, der Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder einer Teilungsanordnung oder ist der Erbteil mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so entsteht dann ein Pflichtteilsanspruch nach § 2306 Abs. 1 BGB, wenn der Pflichtteilsberechtigte den Erbteil ausschlägt.¹⁵ Nach dem zweiten Halbsatz des § 2306 Abs. 1 BGB beginnt die Frist zur Ausschlagung erst mit der Kenntniserlangung des Pflichtteilsberechtigten von der Beschränkung oder Beschwerde zu laufen. Einer Beschränkung oder Beschwerde des zugewandten Erbteils steht nach § 2306 Abs. 2 BGB die Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten als Nacherbe gleich.

¹³ Lange, in: MünchKomm-BGB, § 2303 Rn. 18.

¹⁴ Leibold, Rn. 824a.

¹⁵ In der bis 31. Dezember 2009 geltenden Fassung des § 2306 Abs. 1 BGB galt hingegen nach Satz 1 die Beschränkung oder Beschwerde als nicht angeordnet, wenn der dem Pflichtteilsberechtigten zugewandte Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht überstieg. War der zugewandte und mit einer Beschränkung oder Beschwerde versehene Erbteil größer, so konnte der Pflichtteilsberechtigte nach Satz 2 die Erbschaft ausschlagen und den Pflichtteil verlangen.

Schlägt der Pflichtteilsberechtigte den derart belasteten Erbteil hingegen nicht aus, so sind diese Beschränkungen und Beschwerungen gemäß § 2305 Satz 2 BGB für den Pflichtteilsanspruch nach § 2305 Satz 1 BGB nicht zu berücksichtigen.

dd) Zuwendung eines Vermächnisses

Ist dem Pflichtteilsberechtigten ein Vermächnis zugewandt, so kann er den Pflichtteilsanspruch nach § 2307 Abs. 1 Satz 1 BGB dadurch zur Entstehung bringen, dass er das Vermächnis ausschlägt.

Ist ihm neben dem Vermächnis kein Erbteil zugewandt und schlägt er das Vermächnis nicht aus, ist nach § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB der Wert des Vermächnisses von dem nach § 2303 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 Satz 1 BGB bestehenden Pflichtteilsanspruch abzuziehen,¹⁶ wobei Beschränkungen und Beschwerungen des Vermächnisses der in § 2306 Abs. 1 BGB bezeichneten Art außer Betracht zu bleiben haben.

Sind dem Pflichtteilsberechtigten ein Vermächnis und ein unbelasteter Erbteil zugewandt, der die Hälfte des gesetzlichen Erbteils erreicht oder übersteigt, so steht ihm in keinem Fall ein Pflichtteilsanspruch zu. Ist der zusätzlich zum Vermächnis zugewandte unbelastete Erbteil hingegen geringer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, besteht der Pflichtteilsanspruch aus § 2305 Satz 1 BGB. Von diesem ist nach § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB der Wert des Vermächnisses abzuziehen, wenn der Pflichtteilsberechtigte das Vermächnis nicht ausschlägt. Schlägt er es aus, besteht der Pflichtteilsanspruch aus § 2305 Satz 1, § 2307 Abs. 1 Satz 1 BGB in voller Höhe.¹⁷

Wendet der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten neben dem Vermächnis einen belasteten Erbteil zu, sind die § 2306 Abs. 1, § 2307 BGB ohne die vormaligen bestehenden Schwierigkeiten nebeneinander anzuwenden. Auf die Reihenfolge der Ausschlagung von belastetem Erbteil und Vermächnis kommt es nicht (mehr) an.¹⁸

b) Pflichtteilsergänzungsanspruch

Hat der Erblasser in den letzten zehn Jahren vor seinem Tod (§ 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB) Vermögen verschenkt, ohne dass die Schenkung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen hat (§ 2330 BGB), so kann ein Pflichtteilsergänzungsanspruch in zwei Varianten entstehen.

¹⁶ Zu Möglichkeiten einer abweichenden Bestimmung durch den Erblasser vgl. *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2307 Rn. 6.

¹⁷ *Hoeren*, in: Schulze u. a., § 2307 Rn. 7.

¹⁸ *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2307 Rn. 19; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2307 Rn. 15.

aa) Anspruch aus § 2325 Abs. 1 BGB

Eine dieser Varianten des Pflichtteilsergänzungsanspruchs ist in § 2325 Abs. 1 BGB geregelt. § 2326 Satz 1 BGB stellt klar, dass die Entstehung dieses Pflichtteilsergänzungsanspruchs unabhängig vom Bestehen eines ordentlichen Pflichtteilsanspruchs ist.¹⁹ Auch gemischte Schenkungen, bei denen für einen Teil der Zuwendung Unentgeltlichkeit vereinbart ist, lösen den Anspruch aus.²⁰ Eine Schenkung ist erst dann zu bejahen, wenn der Erblasser durch Leistung des geschenkten Gegenstands einen Zustand geschaffen hat, dessen Folgen er selbst noch für – potenziell – zehn Jahre zu tragen hat, was ihn von einer „bösliehen“ Schenkung abhalten kann.²¹

Für Schenkungen an Ehegatten beginnt die 10-Jahres-Frist gemäß § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB nicht vor Auflösung der Ehe. Hat die Ehe bis zum Tod des Erblassers bestanden, so bedeutet dies, dass sämtliche Schenkungen an den Ehegatten ab Eingehung der Ehe ohne zeitliche Begrenzung zu berücksichtigen sind.²² Nur wenn die Ehe mindestens zehn Jahre vor dem Tod des Erblassers geschieden oder aufgehoben wurde, führen Schenkungen, die der Erblasser mehr als zehn Jahre vor seinem Tod an seinen Ehegatten gemacht hat, nicht zum Anspruch aus § 2325 Abs. 1 BGB. Entsprechendes gilt für Lebenspartnerschaften nach § 10 Abs. 6 Satz 2 LPartG. Gegen die Einschränkung der Fristenregelung bei Ehen und Lebenspartnerschaften werden mit Blick auf Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtliche Bedenken erhoben;²³ das Bundesverfassungsgericht hat die Einschränkung jedoch gebilligt²⁴ und auch bei der Erbrechtsreform 2009 hat die Kritik keine Berücksichtigung erfahren.²⁵

Zusätzliche Voraussetzung für die Entstehung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs war nach der Rechtsprechung über den Wortlaut des § 2325 Abs. 1 BGB hinaus längere Zeit, dass zum Zeitpunkt der Schenkung der Anspruchsinhaber schon geboren oder zumindest gezeugt war und dass das rechtliche Verhältnis, das die Pflichtteilsberechtigung begründet, schon bestanden hat.²⁶ Mittlerweile hat der BGH diese Position aber aufgegeben und ist unter Hinweis auf Sinn und Zweck des Pflichtteilsergänzungsanspruchs zum Wortlaut des § 2325

¹⁹ Der Pflichtteilsergänzungsanspruch ergänzt daher nicht notwendigerweise einen schon bestehenden ordentlichen Pflichtteilsanspruch; vgl. *Leipold*, Rn. 848.

²⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 03.12.2008 – IV ZR 58/07, NJW 2009, 1143 (Rn. 17); *Leipold*, Rn. 840.

²¹ BGH, Urt. v. 17.09.1986 – IVa ZR 13/85, BGHZ 98, 226 (Juris-Rn. 16 = S. 232).

²² *Leipold*, Rn. 845.

²³ LG Braunschweig, Urt. v. 16.03.1988 – 5 O 34/88, NJW 1988, 1857 (1857 ff.); *Daragan*, ZErB 2008, 2 (2 ff.); *Leipold*, Rn. 845; *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2325 Rn. 69; *Mayer*, in: BeckOK-BGB, § 2325 Rn. 37.

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 06.04.1990 – 1 BvR 171/90, NJW 1991, 217.

²⁵ Vgl. *Leipold*, Rn. 845 Fn. 36.

²⁶ Sogenannte „Theorie der Doppelberechtigung“; vgl. BGH, Urt. v. 21.06.1972 – IV ZR 69/71, BGHZ 59, 210 (Juris-Rn. 26 = S. 216); BGH, Urt. v. 25.06.1997 – IV ZR 233/96, NJW 1997, 2676 (Juris-Rn. 7 = S. 2676); *Michalski*, Rn. 589 f.

Abs. 1 BGB und zur herrschenden Literaturansicht²⁷ zurückgekehrt; erforderlich ist die Pflichtteilsberechtigung also erst im Zeitpunkt des Erbfalls.²⁸

bb) Anspruch aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB

Würde bei Erfüllung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs dem Erben nicht sein eigener Gesamtpflichtteil, bestehend aus dem ordentlichen Pflichtteilsanspruch und dem Pflichtteilsergänzungsanspruch, verbleiben, so kann er insoweit die Erfüllung nach § 2328 BGB verweigern. In dieser Höhe steht dem Pflichtteilsberechtigten dann nach § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen den Beschenkten zu.²⁹ Nach § 2329 Abs. 1 Satz 2 BGB besteht dieser Pflichtteilsergänzungsanspruch auch dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte der alleinige Erbe ist. Durch Zahlung des entsprechenden Betrags kann der Beschenkte den Anspruch aus § 2329 Abs. 2 BGB abwenden.

III. Höhe

Höhe und Berechnung des jeweiligen Pflichtteilsanspruchs sind teilweise schon in den Vorschriften über die Pflichtteilsentstehung mit geregelt; teilweise existieren Sondervorschriften.

1. Ordentlicher Pflichtteilsanspruch

Die Höhe des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs berechnet sich anhand einer Quote des realen Nachlasswertes.

a) Quote

Um die Quote des Pflichtteilsanspruchs angeben zu können, ist zunächst der gesetzliche Erbteil zu bestimmen und dann der im Verhältnis dazu stehende Umfang des Pflichtteilsanspruchs in den Blick zu nehmen.

aa) Bestimmung des gesetzlichen Erbteils

Der für die Quote des Pflichtteilsanspruchs maßgebliche gesetzliche Erbteil bestimmt sich danach, welche Erbquote dem Pflichtteilsberechtigten im Falle der gesetzlichen Erbfolge nach §§ 1924 ff. BGB zustehen würde. Gemäß § 2310 Satz 1 BGB sind dabei auch diejenigen Personen mit zu berücksichtigen, die wegen Enterbung, Erbausschlagung oder Erbunwürdigkeit tatsächlich nicht Erben

²⁷ Vgl. nur *Brox/Walker*, Erbrecht, Rn. 562; *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2325 Rn. 7–9; *Mayer*, in: BeckOK-BGB, § 2325 Rn. 3a.

²⁸ BGH, Urt. v. 23.05.2012 – IV ZR 250/11, BGHZ 193, 260 (Rn. 12–23).

²⁹ Zur Rechtsähnlichkeit der Ansprüche aus § 2325 Abs. 1 BGB und aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB vgl. BGH, Urt. v. 29.05.1974 – IV ZR 163/72, NJW 1974, 1327 (Juris-Rn. 10 f. = S. 1327); BGH, Urt. v. 19.03.1981 – IVa ZR 30/80, BGHZ 80, 205 (Juris-Rn. 10 f. = S. 207–209); *Mayer*, in: BeckOK-BGB, § 2329 Rn. 13.

werden. Außer Betracht zu lassen sind nach § 2310 Satz 2 BGB aber Personen, die wegen Erbverzichts nicht erben.³⁰

Wird der im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebende Ehegatte³¹ weder Erbe noch Vermächtnisnehmer, kann er nach § 1371 Abs. 2 BGB den Zugewinnausgleich nach §§ 1373 ff. BGB und den sogenannten kleinen – nicht nach § 1371 Abs. 1 BGB erhöhten – Pflichtteil verlangen, der sich nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil berechnet (§ 1931 BGB). Der früher vertretenen Wahltheorie zufolge konnte der Ehegatte bei Nichtgeltendmachung eines Zugewinnausgleichsanspruchs wahlweise auch den sogenannten großen Pflichtteil verlangen, der sich nach dem nach § 1371 Abs. 1 BGB um ein Viertel erhöhten gesetzlichen Erbteil berechnet. Nach der heute herrschenden Einheitstheorie gilt die Beschränkung auf den kleinen Pflichtteil aber auch dann, wenn kein Zugewinnausgleichsanspruch geltend gemacht wird oder wenn mangels Zugewinns überhaupt kein Zugewinnausgleichsanspruch besteht.³² Der Pflichtteil des nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer werdenden Ehegatten bemisst sich also stets nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil (kleiner Pflichtteil).³³

In Erweiterung des § 2303 Abs. 2 Satz 1 BGB und des § 2306 Abs. 1 BGB können nach § 1371 Abs. 3 BGB Zugewinnausgleich und kleiner Pflichtteil gemäß § 1371 Abs. 2 BGB auch bei Ausschlagung der Erbschaft verlangt werden.³⁴ Dass dies auch bei Ausschlagung des Vermächtnisses gilt, folgt unmittelbar aus § 2307 Abs. 1 Satz 1 BGB.³⁵

Wird der Ehegatte hingegen Erbe oder Vermächtnisnehmer, so bemisst sich sein Pflichtteilsanspruch aus § 2305 Satz 1 BGB oder aus § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB anhand des nach § 1371 Abs. 1 BGB um ein Viertel erhöhten gesetzlichen Erbteils. Dass er damit also den sogenannten großen Pflichtteil verlangen kann, ist deshalb angebracht, weil ihm in diesen Fällen kein güterrechtlicher Zugewinnausgleichsanspruch zusteht.³⁶

Für die Berechnung des Pflichtteils der sonstigen Pflichtteilsberechtigten ist nach heutzutage allgemeiner Ansicht der nach § 1371 Abs. 1 BGB um ein Viertel erhöhte gesetzliche Erbteil des Ehegatten unabhängig davon anzusetzen, ob

³⁰ Zu berücksichtigen ist hingegen, wer bloß auf den Pflichtteil verzichtet hat; vgl. *Leipold*, Rn. 552, 829.

³¹ Gemäß § 6 Satz 2, § 10 Abs. 6 Satz 2 LPartG gelten die folgenden Ausführungen gleichermaßen für (eingetragene) Lebenspartner.

³² BGH, Urt. v. 25.06.1964 – III ZR 90/63, BGHZ 42, 182 (Juris-Rn. 19 ff. = S. 186 ff.); *Brox/Walker*, Erbrecht, Rn. 552; *Michalski*, Rn. 530.

³³ *Leipold*, Rn. 170 f.

³⁴ *Leipold*, Rn. 174 ff.

³⁵ *Brox/Walker*, Erbrecht, Rn. 553.

³⁶ *Leipold*, Rn. 173.

gesetzliche oder testamentarische Erbfolge eintritt.³⁷ Stehen dem Ehegatten hingegen wegen Enterbung oder Ausschlagung der kleine Pflichtteil und der güterrechtliche Zugewinnausgleich zu, so sind nach § 1371 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB die Pflichtteile der sonstigen Pflichtteilsberechtigten auf Grundlage des nicht erhöhten gesetzlichen Erbteils des Ehegatten zu berechnen. Dass sich hierbei höhere Pflichtteilsquoten der sonstigen Pflichtteilsberechtigten ergeben, wird dadurch kompensiert, dass der Nachlass dann ja bereits mit dem Zugewinnausgleichsanspruch belastet ist.³⁸

bb) Umfang des Pflichtteilsanspruchs

Der Umfang des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs aus § 2303 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BGB beläuft sich nach § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils des Pflichtteilsberechtigten.

Im Fall des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs aus § 2305 Satz 1 BGB kann die Differenz zwischen dem Wert des hinterlassenen Erbteils und der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils verlangt werden, wobei für die Berechnung des Wertes des hinterlassenen Erbteils nach § 2305 Satz 2 BGB die in § 2306 Abs. 1 BGB genannten Beschränkungen und Beschwerungen außer Betracht zu bleiben haben.

Der nach § 2306 Abs. 1 BGB durch Ausschlagung des hinterlassenen Erbteils entstehende Pflichtteilsanspruch beträgt nach § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils.

Bei § 2307 Abs. 1 BGB ist zu unterscheiden: Ist dem Pflichtteilsberechtigten nur ein Vermächtnis zugewandt und schlägt er dieses aus, so beläuft sich sein Pflichtteilsanspruch nach § 2307 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Schlägt er das Vermächtnis nicht aus, ist von seinem nach § 2303 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 Satz 1 BGB bestehenden Pflichtteilsanspruch der Wert des Vermächnisses abzuziehen, wobei Beschränkungen und Beschwerungen der in § 2306 Abs. 1 BGB bezeichneten Art außer Betracht zu bleiben haben (§ 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Ist dem Pflichtteilsberechtigten neben dem Vermächtnis ein unbelasteter Erbteil hinterlassen, dessen Wert geringer als der Wert der Hälfte des gesetzlichen Erbteils ist, und schlägt er das Vermächtnis aus, steht ihm nach § 2305 Satz 1, § 2307 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Pflichtteilsanspruch in Höhe der Differenz zwischen dem Wert des hinterlassenen Erbteils und der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils zu. Schlägt er in diesem Fall das Vermächtnis nicht aus, ist von dem nach § 2305 Satz 1 BGB bestehenden Pflichtteilsanspruch gemäß § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB der Wert des Vermächnisses abzuziehen. Ist neben dem Vermächtnis ein im Sinne des § 2306

³⁷ Vgl. nur BGH, Urt. v. 21.03.1962 – IV ZR 251/61, BGHZ 37, 58 (61 ff.); BGH, Urt. v. 25.06.1964 – III ZR 90/63, BGHZ 42, 182 (Juris-Rn. 15 = S. 183 f.); *Brox/Walker*, Erbrecht, Rn. 551; *Michalski*, Rn. 531.

³⁸ *Leipold*, Rn. 831.

Abs. 1 BGB beschränkter oder beschwerter Erbteil hinterlassen, so ist die Höhe des Pflichtteilsanspruchs durch kombinierte Anwendung der § 2305, § 2306 und § 2307 BGB zu bestimmen.

b) Nachlasswert

Der Nachlass, auf dessen realen Wert es für den ordentlichen Pflichtteilsanspruch ankommt, ist nach § 2311 Abs. 1 Satz 1 BGB mit seinem Wert zum Zeitpunkt des Erbfalls anzusetzen. Von den Nachlassaktiva sind die Nachlassverbindlichkeiten im Sinne des § 1967 Abs. 2 BGB, zu denen auch ein etwaiger Zugewinnausgleichsanspruch zählt, abzuziehen. Gegebenenfalls ist der Wert nach § 2311 Abs. 2 BGB zu schätzen. Für Landgüter gilt die Sondervorschrift des § 2312 BGB. Nach § 2313 BGB sind auflösend bedingte Rechte und Verbindlichkeiten voll, aufschiebend bedingte oder unsichere Rechte und Verbindlichkeiten gar nicht einzubeziehen. Tritt die Bedingung ein, so ist dem durch nachträgliche Berücksichtigung Rechnung zu tragen. Nicht abzuziehen sind vom Wert des Nachlasses Vermächnisse³⁹ und Auflagen, da diese nach § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO den Pflichtteilsansprüchen im Rang nachgehen.⁴⁰

c) Anrechnung und Ausgleichung

Hat der Erblasser vor oder bei einer rechtsgeschäftlichen Zuwendung an einen Pflichtteilsberechtigten bestimmt, dass die Zuwendung auf den Pflichtteil angerechnet werden soll, so ist die Anrechnung nach § 2315 BGB vorzunehmen. Für die Berechnung des Pflichtteils des zur Anrechnung Verpflichteten wird der Wert der Zuwendung nach § 2315 Abs. 2 Satz 1 BGB zunächst dem Wert des Nachlasses hinzugerechnet und anschließend von dem auf dieser Grundlage bestimmten Pflichtteilsanspruch wieder abgezogen.

Sind mehrere Abkömmlinge des Erblassers vorhanden und hat mindestens einer der Abkömmlinge eine ausgleichungspflichtige Zuwendung im Sinne der §§ 2050 ff. BGB – insbesondere eine Ausstattung – erhalten oder hat mindestens einer von ihnen ausgleichungspflichtige besondere Leistungen im Sinne des § 2057a BGB erbracht, so ist bei der Berechnung der Pflichtteile der jeweiligen Abkömmlinge die Ausgleichung nach § 2316 BGB vorzunehmen.⁴¹

2. Pflichtteilsergänzungsanspruch

Für die Berechnung eines aus § 2325 Abs. 1 BGB und aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB folgenden Pflichtteilsergänzungsanspruchs ist nicht nur der reale, nach § 2311 BGB zu bestimmende Nachlasswert in den Blick zu nehmen, son-

³⁹ Abzuziehen sind nach § 327 Abs. 2 Satz 1 InsO aber Vermächnisse zugunsten von Pflichtteilsberechtigten bis zur Höhe des jeweiligen Pflichtteilsanspruchs.

⁴⁰ Vgl. *Leipold*, Rn. 832 Fn. 12.

⁴¹ Vgl. zu den Einzelheiten der Ausgleichung etwa *Brox/Walker*, Erbrecht, Rn. 561.

dem auch der fiktive Wert, der sich für den Nachlass bei Hinzurechnung der ausgleichungspflichtigen Schenkung ergibt.

a) Anspruch aus § 2325 Abs. 1 BGB

Der Anspruch aus § 2325 Abs. 1 BGB besteht dann in der Höhe, um die sich der ordentliche Pflichtteilsanspruch im Sinne von § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB bei Hinzurechnung der ausgleichungspflichtigen Schenkung erhöht. Anders ausgedrückt, beläuft sich der Anspruch auf die Pflichtteilsquote vom Wert der Schenkung.⁴² Seit der Erbrechtsreform 2009 sind dabei nach § 2325 Abs. 3 Satz 1 BGB aber nur Schenkungen innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall in vollem Umfang, Schenkungen innerhalb jedes weiteren Jahres vor dem Erbfall um jeweils ein Zehntel weniger zu berücksichtigen. Danach ist etwa eine im siebten Jahr vor dem Erbfall erfolgte Schenkung nur mit 40 % ihres Wertes anzusetzen.

Für die Bemessung des Wertes einer Schenkung gilt bei einer verbrauchbaren Sache nach § 2325 Abs. 2 Satz 1 BGB der Wert, den sie zum Zeitpunkt der Schenkung hatte. Andere Gegenstände sind nach § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB mit dem Wert im Zeitpunkt des Erbfalls in Ansatz zu bringen, sofern nicht der Wert im Zeitpunkt der Schenkung geringer war (Niederstwertprinzip). Sowohl bei § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB⁴³ als auch bei § 2325 Abs. 2 Satz 1 BGB⁴⁴ ist ferner der Kaufkraftschwund mithilfe des vom Statistischen Bundesamt ermittelten Verbraucherpreisindexes mit einzurechnen.⁴⁵

Ist dem Pflichtteilsberechtigten mehr als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils hinterlassen, ist der Wert des mehr Hinterlassenen nach § 2326 Satz 2 BGB von dem Pflichtteilsergänzungsanspruch abzuziehen. Geschenke an den Pflichtteilsberechtigten selbst sind nach § 2327 Abs. 1 Satz 1 BGB für die Höhe des Pflichtteilsergänzungsanspruchs zu berücksichtigen.

b) Anspruch aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB

§ 2328 BGB hat keinen Einfluss auf die Höhe des Pflichtteilsergänzungsanspruchs, gesteht dem selbst pflichtteilsberechtigten Erben aber ein Leistungsverweigerungsrecht in der Höhe zu, in welcher der gegen ihn geltend gemachte Pflichtteilsergänzungsanspruch seinen eigenen Gesamtpflichtteil übersteigt, der sich aus seinem ordentlichen Pflichtteil und seinem Ergänzungspflichtteil zusammensetzt. Soweit der Erbe nach § 2328 BGB oder aus anderen Rechtsgründen zur Pflichtteilsergänzung nicht verpflichtet ist, steht dem Pflichtteilsberechtigten nach § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB in dieser Höhe ein Anspruch gegen den

⁴² Mayer, in: BeckOK-BGB, § 2325 Rn. 39.

⁴³ BGH, Urt. v. 04.07.1975 – IV ZR 3/74, BGHZ 65, 75 (Juris-Rn. 55 = nicht abgedruckt); BGH, Urt. v. 10.11.1982 – IVa ZR 29/81, BGHZ 85, 274 (Juris-Rn. 24 = S. 282 f.).

⁴⁴ Lange, in: MünchKomm-BGB, § 2325 Rn. 56; Mayer, in: BeckOK-BGB, § 2325 Rn. 18.

⁴⁵ Zur Berechnung vgl. Müller, in: BeckOK-BGB, § 2325 Rn. 14.

Beschenkten zu.⁴⁶ Ist der Beschenkte selbst pflichtteilsberechtigt, kann er den Anspruch in analoger Anwendung des § 2328 BGB insofern verweigern, als er den Wert seines eigenen Gesamtpflichtteilsanspruchs übersteigt.⁴⁷

IV. Schuldner

Schuldner des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs ist stets der Erbe.

Mehrere Erben haften im Außenverhältnis als Gesamtschuldner nach § 1967 Abs. 2, § 2058 BGB. Bis zur Teilung des Nachlasses können sie nach § 2059 Abs. 1 Satz 1 BGB ihre Haftung auf ihren Anteil am Nachlass beschränken. Nach der Teilung kann ein selbst pflichtteilsberechtigter Miterbe die Erfüllung des gegen ihn geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs insoweit verweigern (§ 2319 Satz 1 BGB) und den Pflichtteilsberechtigten an die anderen Miterben verweisen (§ 2319 Satz 2 BGB), als ihm ansonsten nicht der ihm selbst zustehende Gesamtpflichtteil verbliebe.

Für die Verteilung der Pflichtteilslast im Innenverhältnis gelten die § 2318 – § 2324 BGB. Wer anstelle des Pflichtteilsberechtigten gesetzlicher (§ 2320 Abs. 1 BGB) oder testamentarischer (§ 2320 Abs. 2 BGB) Erbe wird, hat die Pflichtteilslast alleine zu tragen. Ansonsten tragen in Ermangelung einer nach § 2324 BGB möglichen anderweitigen Anordnung durch den Erblasser die Miterben die Pflichtteilslast nach § 2038 Abs. 2 Satz 1, § 748 BGB im Verhältnis ihrer Erbteile.⁴⁸

Schuldner des Pflichtteilsergänzungsanspruchs aus § 2325 Abs. 1 BGB ist ebenfalls der Erbe. Soweit nach § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen den Beschenkten besteht, ist freilich dieser Beschenkte Schuldner des Anspruchs. Stirbt der Beschenkte, haften seine Erben für den Anspruch aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB.⁴⁹ Hat der Erblasser Vermögen an mehrere Personen verschenkt, so haftet von diesen nach § 2329 Abs. 3 BGB der früher Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte rechtlich nicht verpflichtet ist.⁵⁰

Ist der Erbe Schuldner des Pflichtteilsanspruchs und unterliegt der Nachlass der Verwaltung durch einen Testamentsvollstrecker, so ist zur gerichtlichen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gegen den Nachlass die Zahlungsklage gemäß § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB allein gegen den Erben und nicht zugleich auch gegen den Testamentsvollstrecker zu richten. Soll jedoch in den Nachlass

⁴⁶ Zur Rechtsnatur des Anspruchs siehe unten unter § 1.V. (S. 21).

⁴⁷ BGH, Urt. v. 10.11.1982 – IVa ZR 29/81, BGHZ 85, 274 (Juris-Rn. 29 = S. 284).

⁴⁸ Lange, in: MünchKomm-BGB, § 2303 Rn. 25.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 19.03.1981 – IVa ZR 30/80, BGHZ 80, 205 (Juris-Rn. 14 = S. 209 f.); Mayer, in: BeckOK-BGB, § 2329 Rn. 3.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 04.06.1955 – IV ZR 183/54, BGHZ 17, 336 (337).

vollstreckt werden, so setzt dies nach § 2213 Abs. 3 BGB, § 748 Abs. 3 ZPO zusätzlich einen Duldungstitel gegen den Testamentsvollstrecker voraus.⁵¹

V. Inhalt und Rechtsnatur

Bei Betrachtung des Inhalts und der Rechtsnatur ist zwischen dem ordentlichen Pflichtteilsanspruch und dem Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2325 Abs. 1 BGB einerseits und dem Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB andererseits zu unterscheiden.

1. Ordentlicher Pflichtteilsanspruch und Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2325 Abs. 1 BGB

Bei dem ordentlichen Pflichtteilsanspruch und dem Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2325 Abs. 1 BGB handelt es sich jeweils um einen auf Zahlung gerichteten Anspruch. Der Pflichtteilsberechtigte kann keine Erfüllung in Natur – etwa in Gestalt einzelner Nachlassgegenstände – verlangen; der Erbe ist zu ihr auch nicht berechtigt. Als reine Geldforderungen gewähren diese Pflichtteilsansprüche also keine dingliche Beteiligung am Nachlass.

Auf den Pflichtteilsanspruch als Zahlungsanspruch sind die Regeln des allgemeinen Schuldrechts anwendbar, etwa die Vorschriften zur Verzinsung.⁵² Ist ein Erbe der ihn nach § 2314 BGB treffenden Auskunftspflicht noch nicht nachgekommen und hat er das zu vertreten, dann kommt er auch durch eine unbezifferte Mahnung, die dem unbezifferten ersten Teil einer Stufenklage nach § 254 ZPO entspricht, in Verzug.⁵³ Die Erhebung einer auf Leistung gerichteten Stufenklage begründet auch die Pflicht zur Zahlung von Prozesszinsen nach § 291 BGB; eine bloße Klage auf Auskunft und Wertermittlung ohne daran anknüpfenden Leistungsantrag reicht hingegen nicht aus.⁵⁴

Anders als Erbschaft und Vermächtnis kann der Pflichtteilsanspruch nicht durch Erklärung des Berechtigten ausgeschlagen werden.⁵⁵ Eine Analogie zu den § 1942, § 2176 BGB ist nicht möglich und auch nicht erforderlich.⁵⁶ Verzichten kann der Pflichtteilsberechtigte auf seinen bereits entstandenen Pflichtteilsanspruch *ex nunc* nach den allgemeinen Regeln durch formlosen Erlassver-

⁵¹ BGH, Urt. v. 03.12.1968 – III ZR 2/68, BGHZ 51, 125 (Juris-Rn. 20 = S. 130); BGH, Urt. v. 11.05.2006 – IX ZR 42/05, BGHZ 167, 352 (Rn. 25); Zimmermann, in: MünchKommBGB, § 2213 Rn. 13; ausführlich und kritisch zu dieser Regelung Klingelhöffer, ZEV 2000, 261 (261 f.).

⁵² Lange, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 6 f.; Müller, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 4.

⁵³ BGH, Urt. v. 06.05.1981 – IVa ZR 170/80, BGHZ 80, 269 (Juris-Rn. 28 = S. 276 f.); BGH, Urt. v. 03.12.2008 – IV ZR 58/07, NJW 2009, 1143 (Rn. 24).

⁵⁴ Müller, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 4.

⁵⁵ Muscheler, Universalsukzession, S. 201, 203 ff.

⁵⁶ Lange, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 8. Hingegen für die gesetzliche Einführung einer Möglichkeit zur Ausschlagung des Pflichtteils(anspruchs bzw. -rechts) Muscheler, Universalsukzession, S. 258 ff.

trag mit dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs nach § 397 BGB.⁵⁷ Dies setzt allerdings voraus, dass der Pflichtteilsberechtigte sich zumindest der Möglichkeit des Bestehens eines Pflichtteilsanspruchs bewusst ist.⁵⁸ Möchten Eltern oder ein Vormund in fremdem Namen auf einen Pflichtteilsanspruch verzichten, so ist hierfür nach § 1822 Nr. 2, § 1643 Abs. 2 BGB eine Genehmigung durch das Familiengericht erforderlich.⁵⁹ Der unentgeltliche Verzicht auf einen Pflichtteilsanspruch stellt eine Schenkung dar,⁶⁰ auf die § 517 BGB nach der überwiegenden Ansicht nicht anwendbar ist.⁶¹

Aus dem Grundsatz der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Anspruchs⁶² wird gefolgert, dass der Schuldner die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs dessen Inhaber nicht aufdrängen könne. Solange der Pflichtteilsanspruchsinhaber den Anspruch nicht geltend mache, könne der Schuldner den Pflichtteilsanspruch nicht durch Zahlung, Aufrechnung oder Hinterlegung erfüllen oder den Pflichtteilsanspruchsinhaber in Annahmeverzug setzen.⁶³

Nach § 1967 Abs. 2 BGB zählt der gegen den Erben gerichtete Pflichtteilsanspruch zu den Nachlassverbindlichkeiten. Im insolvenzrechtlichen Rang steht er gemäß § 327 Abs. 1 Nr. 1 InsO hinter den sonstigen nachrangigen Verbindlichkeiten im Sinne des § 39 InsO, geht gemäß § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO aber Vermächtnissen und Auflagen vor.

2. Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB

Anders als die gegen den Erben gerichteten Pflichtteilsansprüche stellt der vom Beschenkten geschuldete Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich keine Geldforderung dar. Vielmehr kann nach § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB die Herausgabe des Geschenks zum Zwecke der Befriedigung wegen des fehlenden Betrags nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangt werden. Dies bedeutet, dass, sofern der Beschenkte nicht durch freiwillige Zahlung des fehlenden Betrags von seiner Abwendungsbefugnis aus § 2329 Abs. 2 BGB Gebrauch macht und sofern keine anderweitige Einigung zustande kommt, dem Pflichtteilsbe-

⁵⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.03.1999 – 7 U 143/98, FamRZ 2000, 367 (Juris-Rn. 26 = S. 368); *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 201.

⁵⁸ KG, Urt. v. 05.06.1975 – 12 U 195/75, MDR 1975, 1020 (Juris-Rn. 21 = nicht abgedruckt).

⁵⁹ *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 211; *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 10; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 5.

⁶⁰ *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 220; *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 60; *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 10.

⁶¹ *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 220.

⁶² Dazu unten unter § 3 (S. 40).

⁶³ *Hannich*, S. 38; *Lange/Kuchinke*, § 37 VIII 2 c. Sogar über die bloße Geltendmachung hinaus auf den Eintritt der zwangsvollstreckungsrechtlichen Verwertungsreife durch Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO abstellend *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 54.

rechtigten in entsprechender Anwendung der § 1973 Abs. 2 Satz 1, § 1990 Abs. 1 Satz 2 BGB in der jeweiligen Höhe ein Anspruch gegen den Beschenkten auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den geschenkten Gegenstand zusteht.⁶⁴ Die Rechtsfolgenverweisung auf das Bereicherungsrecht wirkt sich auf die Haftung des Beschenkten aus. So ist etwa nach § 818 Abs. 1 BGB auch die Zwangsvollstreckung in Nutzungen und Surrogate zu dulden. Nach § 818 Abs. 3 BGB kann sich der Beschenkte gegebenenfalls auf Entreicherung berufen.⁶⁵

Zahlung verlangen kann der Pflichtteilsberechtigte nach § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB ausnahmsweise nur dann, wenn das Geschenk in einem Geldbetrag bestand oder der Beschenkte nach § 812 Abs. 2 BGB den Wert zu ersetzen hat, weil der geschenkte Gegenstand nicht mehr auffindbar ist, der Beschenkte sich aber nicht auf Entreicherung berufen kann.⁶⁶

VI. Entstehung und Fälligkeit

Nach § 2317 Abs. 1 BGB entsteht der Pflichtteilsanspruch – ohne oder auch gegen den Willen des Pflichtteilsberechtigten – mit dem Erbfall, also mit dem Tod des Erblassers (*ipso morte*). Dies gilt sowohl für den ordentlichen Pflichtteilsanspruch als auch für den Pflichtteilsergänzungsanspruch.⁶⁷ Liegt keine Stundung vor, ist der Pflichtteilsanspruch mit seiner Entstehung auch fällig.⁶⁸

Von vornherein ausgeschlossen ist die Entstehung eines Pflichtteilsanspruchs beim Erbverzicht ohne Pflichtteilsvorbehalt (§ 2346 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB), beim Pflichtteilsverzicht (§ 2346 Abs. 2 BGB) und bei der Pflichtteilsentziehung (§§ 2333 ff. BGB). Bei Anfechtung wegen Erb- oder Pflichtteilsunwürdigkeit entsteht der Pflichtteilsanspruch zunächst, entfällt dann aber rückwirkend.⁶⁹

Ob mit dem Erbfall auch Pflichtteilsansprüche entstehen, deren Bestehen oder zumindest deren Höhe von einer späteren Ausschlagung abhängig ist, also Ansprüche nach § 2306 Abs. 1, § 2307 Abs. 1 Satz 1, § 1371 Abs. 3 BGB und in bestimmten Fällen nach § 2309 BGB, ist umstritten. Eine Ansicht bejaht die Frage.⁷⁰ Argument hierfür ist § 2332 Abs. 2 BGB, demzufolge die Verjäh-

⁶⁴ BGH, Urt. v. 04.06.1955 – IV ZR 183/54, BGHZ 17, 336 (339); BGH, Urt. v. 10.11.1982 – IVa ZR 29/81, BGHZ 85, 274 (Juris-Rn. 23 = S. 281 f.); *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2329 Rn. 14; *Mayer*, in: BeckOK-BGB, § 2329 Rn. 10; *Röthel*, in: Erman, § 2329 Rn. 5.

⁶⁵ *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2329 Rn. 16 f.; *Mayer*, in: BeckOK-BGB, § 2329 Rn. 12.

⁶⁶ *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2329 Rn. 14; *Mayer*, in: BeckOK-BGB, § 2329 Rn. 10; *Röthel*, in: Erman, § 2329 Rn. 5.

⁶⁷ *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 1.

⁶⁸ *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 6; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 4.

⁶⁹ *Deppenkemper*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 2317 Rn. 2; *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 3; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 3.

⁷⁰ RG, Urt. v. 10.11.1930 – IV 289/30, JW 1931, 1354 (1356); *Bengel*, ZEV 2000, 388 (390); v. *Lübtow*, S. 34 f.; *Birkenheier*, in: jurisPK-BGB, § 2317 Rn. 4; *Deppenkemper*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 2317 Rn. 2; *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317

rung bereits vor der Ausschlagung zu laufen beginnt.⁷¹ Dass die Ausschlagung (noch) nicht erfolgt ist, ist dieser Ansicht nach nur eine Einwendung gegen den mit dem Erbfall bereits entstandenen Anspruch.⁷² Eine andere Ansicht geht davon aus, dass jedenfalls bei § 2306 Abs. 1, § 2307 Abs. 1 Satz 1 BGB der entsprechende Pflichtteilsanspruch erst mit der Ausschlagung entsteht. Wegen der Rückwirkung der Ausschlagung (§ 1953 Abs. 1 BGB) sei der Anspruch aber so zu behandeln, als ob er schon mit dem Erbfall entstanden wäre.⁷³ Argument hierfür ist der Wortlaut der § 2306 Abs. 1, § 2307 Abs. 1 Satz 1 BGB.⁷⁴ Insgesamt kann, da die aufgezeigten Positionen kaum unterschiedliche Folgen zeitigen,⁷⁵ die Frage hier offen bleiben.⁷⁶

VII. Durchsetzung

Zur Durchsetzung eines Pflichtteilsanspruchs ist der Pflichtteilsberechtigte darauf angewiesen, die für die Geltendmachung erforderlichen Informationen zu erhalten. Dem geltend gemachten Anspruch können unter Umständen die Einreden der Stundung und der Verjährung entgegengehalten werden.

1. Informationserlangung

Zur Erlangung der zur Durchsetzung seines Pflichtteilsanspruchs nötigen Informationen steht dem Pflichtteilsberechtigten nach § 2314 BGB ein umfassender Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch gegen den Erben⁷⁷ und in analoger Anwendung des § 2314 BGB auch gegen den Beschenkten zu,⁷⁸ wobei die Effektivität dieses Anspruchs bisweilen kritisch gesehen wird.⁷⁹ Bei der prozessualen

Rn. 10; Müller, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 2; ausführlich mit Verweis auf den Willen des Gesetzgebers *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 155 ff.

⁷¹ *Bengel*, ZEV 2000, 388 (390); *Birkenheier*, in: jurisPK-BGB, § 2317 Rn. 4 Fn. 2; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 2.

⁷² *Deppenkemper*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 2317 Rn. 2; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 2.

⁷³ *Lange/Kuchinke*, § 37 VIII 2 a; *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 2; *Röthel*, in: Erman, § 2317 Rn. 2.

⁷⁴ Vgl. *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 9.

⁷⁵ *Lange/Kuchinke*, § 37 VIII 2 a Fn. 357; *Birkenheier*, in: jurisPK-BGB, § 2317 Rn. 4 Fn. 2; *Deppenkemper*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 2317 Rn. 2; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 2. Auswirkungen aufzeigend hingegen *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 155 f.; *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 10.

⁷⁶ Ebenso OLG Schleswig-Holstein, Urt. v. 05.11.2002 – 3 U 184/00, ZERb 2003, 296 (Juris-Rn. 9 f. = S. 296 f.); *Hoeren*, in: Schulze u. a., § 2317 Rn. 2.

⁷⁷ Vgl. dazu etwa BGH, Urt. v. 02.11.1960 – V ZR 124/59, BGHZ 33, 373 (Juris-Rn. 11 = S. 373 f.); BGH, Urt. v. 09.11.1983 – IVa ZR 151/82, BGHZ 89, 24 (Juris-Rn. 10 ff. = S. 28 ff.); *Lange*, Kap. 20 Rn. 71 ff.; *Michalski*, Rn. 524.

⁷⁸ BGH, Urt. v. 01.03.1971 – III ZR 37/68, BGHZ 55, 378 (Juris-Rn. 37 f. = S. 379 f.); BGH, Urt. v. 09.11.1983 – IVa ZR 151/82, BGHZ 89, 24 (Juris-Rn. 8 ff. = S. 26 ff.).

⁷⁹ *Lange*, Kap. 20 Rn. 83 f.

Geltendmachung bietet es sich für den Pflichtteilsberechtigten regelmäßig an, zunächst nur seinen Auskunftsanspruch zu verfolgen oder diesen im Wege der Stufenklage nach § 254 ZPO mit einem noch unbezifferten Zahlungsanspruch zu verknüpfen.⁸⁰

2. Stundung

Stellt die sofortige Erfüllung eines Pflichtteilsanspruchs wegen der Art der Nachlassgegenstände und wegen Fehlens liquider Mittel auch im Eigenvermögen des Erben für diesen eine unbillige Härte dar, etwa weil er dafür das Familienheim aufzugeben oder ein Wirtschaftsgut zu zerschlagen hätte, so kann der Erbe nach § 2331a Abs. 1 Satz 1 BGB die Stundung des Pflichtteils verlangen. Die Entscheidung hierüber, bei der nach § 2331a Abs. 1 Satz 2 BGB freilich auch die Interessen des Pflichtteilsberechtigten angemessen zu berücksichtigen sind, obliegt nach § 2331a Abs. 2 Satz 1 BGB dem Nachlassgericht.⁸¹

3. Verjährung

Für Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche gilt die kenntnisabhängige dreijährige Regelverjährungsfrist des § 195 BGB.⁸² Kenntnisunabhängig verjähren diese Ansprüche nach § 199 Abs. 3a BGB spätestens nach 30 Jahren. Um den Beschenkten vor Rückforderungen von lange zurückliegenden Geschenken zu bewahren, beginnt bei dem Anspruch gegen den Beschenkten aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB die dreijährige Regelverjährungsfrist nach § 2332 Abs. 1 BGB unabhängig von subjektiven Elementen bereits mit dem Erbfall zu laufen.⁸³

Begründet erst die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses den Pflichtteilsanspruch, so führt dies nach § 2332 Abs. 2 BGB nicht zur Hemmung der Verjährung bis zur Ausschlagung.⁸⁴ Der Pflichtteilsberechtigte muss sich also innerhalb des Laufs der Verjährungsfrist entscheiden, ob er ausschlagen möchte.

Solange der Pflichtteilsanspruch nach § 2331a Abs. 1 Satz 1 BGB gestundet ist, ist nach § 205 BGB auch die Verjährung gehemmt. Die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs eines Kindes gegen einen Elternteil ist nach § 207 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. a BGB bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Kindes gehemmt. Nach § 209 BGB beginnt die Verjährung also frühestens mit dem 21. Geburtstag des Kindes zu laufen.

Ein Anerkenntnis des Pflichtteilsanspruchs, das nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Verjährung erneut beginnen lässt, kann bereits dann vorliegen, wenn der Er-

⁸⁰ *Lange*, Kap. 20 Rn. 161 f.; *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 4165.

⁸¹ Näher zur Stundung des Pflichtteilsanspruchs etwa *Lange*, Kap. 20 Rn. 164 ff.

⁸² Zur Kenntniserlangung etwa *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 4305 ff.

⁸³ *Brambring*, ZEV 2002, 137 (137); *Lange*, ZEV 2003, 433 (434); *Leipold*, Rn. 852.

⁸⁴ *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 4311.

be sich dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber zur Auskunft über den Bestand des Nachlasses bereit erklärt.⁸⁵

VIII. Vererblichkeit und Übertragbarkeit

Von besonderer Bedeutung für den Fortgang der Arbeit sind die Vererblichkeit und die Übertragbarkeit von Pflichtteilsansprüchen.

1. Vererblichkeit

Nach der klarstellenden Formulierung des § 2317 Abs. 2 Var. 1 BGB ist der bereits entstandene Pflichtteilsanspruch vererblich. Nicht vererblich ist hingegen die Pflichtteilsberechtigung als solche.

Soll darüber hinaus die Vererblichkeit des Pflichtteilsanspruchs ausgeschlossen werden, so kann dies in der Form geschehen, dass der Pflichtteilsberechtigte in einem Erbverzichtsvertrag mit dem Erblasser nach §§ 2346 ff. BGB unter der Bedingung auf seine Pflichtteilsberechtigung verzichtet, dass er, der Pflichtteilsberechtigte, vor Erfüllung seines Pflichtteilsanspruchs verstirbt.⁸⁶ Mit dem Tod des Pflichtteilsberechtigten erlischt in diesem Fall dann der bereits entstandene Pflichtteilsanspruch.

Hat ein nach § 2306, § 2307 BGB Pflichtteilsberechtigter sein Ausschlagungsrecht noch nicht ausgeübt, so geht mit seinem Tod nach § 1952 Abs. 1, § 2180 Abs. 3 BGB auch das Ausschlagungsrecht auf seinen Erben über.⁸⁷ Ist der Pflichtteilsberechtigte jedoch als Nacherbe eingesetzt und verstirbt er vor Eintritt des Nacherbfalls, ohne zuvor durch Ausschlagung nach § 2306 Abs. 2 BGB einen Pflichtteilsanspruch zur Entstehung gebracht zu haben, gehen die Nacherbenposition und das Ausschlagungsrecht gemäß § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB nur dann auf seinen Erben über, wenn kein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist. Ein anderer Wille ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Erblasser einen Dritten zum Ersatznacherben bestimmt hat.⁸⁸

Ist der Erbe eines Pflichtteilsanspruchs unbekannt und ordnet das Nachlassgericht deshalb nach § 1960 Abs. 2 BGB zur Sicherung des Nachlasses die Nachlasspflegschaft an, so steht auch dem Nachlasspfleger die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs für den Nachlass offen.⁸⁹ Ist der Erbe des Pflichtteilsanspruchs gleichzeitig dessen Schuldner, so erlischt der Pflichtteilsanspruch

⁸⁵ BGH, Urt. v. 14.05.1975 – IV ZR 19/74, NJW 1975, 1409 (1409); *Leipold*, Rn. 853a.

⁸⁶ *Birkenheier*, in: *jurisPK-BGB*, § 2317 Rn. 40; *Herzog*, in: *Staudinger, Neubearb.* 2015, § 2317 Rn. 128.

⁸⁷ *Lange*, in: *MünchKomm-BGB*, § 2317 Rn. 23; *Müller*, in: *BeckOK-BGB*, § 2317 Rn. 8.

⁸⁸ *Birkenheier*, in: *jurisPK-BGB*, § 2317 Rn. 42; *Lange*, in: *MünchKomm-BGB*, § 2317 Rn. 24; zu den Rechtsfolgen ausführlich *Herzog*, in: *Staudinger, Neubearb.* 2015, § 2317 Rn. 134.

⁸⁹ *Haas*, in: *Staudinger, Neubearb.* 2006, § 2317 Rn. 48d. Hingegen nur für die Befugnis und Verpflichtung des Nachlasspflegers, die spätere Realisierung des Pflichtteilsanspruchs durch den Erben zu sichern, *Herzog*, in: *Staudinger, Neubearb.* 2015, § 2317 Rn. 82.

grundsätzlich durch Konfusion.⁹⁰ Für die Berechnung von Pflichtteilsansprüchen nach dem Tod des ursprünglichen Pflichtteilsanspruchsinhabers hat die Konfusion aber nach dem Rechtsgedanken der § 1976, § 2143, § 2377 BGB außer Betracht zu bleiben und hat der Pflichtteilsanspruch als fortbestehend zu gelten.⁹¹ Ebenfalls unberücksichtigt zu bleiben hat die Konfusion gemäß § 10 Abs. 3 ErbStG für die Belange des Steuerrechts.⁹² Weiterhin kann die Beachtlichkeit der Konfusion bei sozialrechtlicher Überleitbarkeit des Pflichtteilsanspruchs auf einen Sozialleistungsträger eingeschränkt sein.⁹³

2. Übertragbarkeit

Nach § 2317 Abs. 2 Var. 2 BGB ist der Pflichtteilsanspruch auch übertragbar.

a) Allgemein

Die Übertragung des Pflichtteilsanspruchs erfolgt formlos durch Abtretung gemäß §§ 398 ff. BGB.⁹⁴ Da der Pflichtteilsanspruch mit der Abtretung auch pfändbar wird,⁹⁵ steht die Übertragbarkeit nicht in Widerspruch zur Regelung des § 400 BGB, die den Gleichlauf zwischen Pfändbarkeit und Abtretbarkeit anordnet. § 2317 Abs. 2 Var. 2 BGB braucht daher nicht als Sonderregelung zu § 400 BGB verstanden zu werden.⁹⁶ Wird der Pflichtteilsanspruch übertragen, so geht der Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch aus § 2314 BGB, bei dem es sich um einen nicht personengebundenen, präparatorischen Hilfsanspruch handelt, in analoger Anwendung des § 401 BGB mit über.⁹⁷ Ausgeschlossen werden kann die Übertragbarkeit des Pflichtteilsanspruchs durch beschränkten Pflichtteilsverzicht in einem Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten in der Form des § 2348 BGB. Mit dem Erbfall entsteht der Pflichtteilsanspruch dann als nicht übertragbarer Anspruch.⁹⁸

⁹⁰ BFH, Urt. v. 19.02.2013 – II R 47/11, ZEV 2013, 220 (Rn. 17).

⁹¹ BGH, Urt. v. 18.01.1978 – IV ZR 181/76, MDR 1978, 649 (Juris-Rn. 19 = S. 650); BGH, Urt. v. 22.10.1986 – IVa ZR 143/85, BGHZ 98, 382 (Juris-Rn. 32 = S. 389 f.); OLG Brandenburg, Urt. v. 08.06.2011 – 13 U 108/09, ErbR 2011, 248 (Juris-Rn. 24 = S. 250); *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2311 Rn. 7; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2311 Rn. 4.

⁹² Dazu BFH, Urt. v. 19.02.2013 – II R 47/11, ZEV 2013, 220 (Rn. 17 f.); *Gebel*, in: Troll/Gebel/Jülicher, § 10 Rn. 98, 183; *Meincke*, § 10 Rn. 27 f.

⁹³ Vgl. dazu unten unter § 3.III.1.b)cc) (S. 54).

⁹⁴ Zur zwangsweisen Überleitung auf einen Sozialleistungsträger nach Vorschriften des Sozialrechts vgl. unten unter § 3.III. (S. 50).

⁹⁵ Vgl. dazu unten unter § 4.V. (S. 91).

⁹⁶ *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 118.

⁹⁷ *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (124); *Lange*, Kap. 20 Rn. 74; *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2314 Rn. 37; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2314 Rn. 5, § 2317 Rn. 7.

⁹⁸ *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 122; *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 16.

Ist der Pflichtteilsanspruch nach § 2317 Abs. 2 Var. 2 BGB übertragbar, so ist er nach den allgemeinen Regeln auch belastbar. Hierfür gelten keine Besonderheiten.⁹⁹

b) Übertragbarkeit vor der Ausschlagung

Hat im Fall des § 2306 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB der Pflichtteilsberechtigte seinen Erbteil noch nicht ausgeschlagen und ist damit noch kein Pflichtteilsanspruch entstanden, so kann er zwar seinen Erbteil gemäß § 2033 Abs. 1 BGB übertragen. Unübertragbar ist hingegen die Erbenstellung als solche. Da das Recht zur Ausschlagung als höchstpersönliches Recht untrennbar mit der Erbenstellung verbunden ist, kann auch dieses nicht übertragen werden und verbleibt damit auch bei Übertragung des Erbteils beim Pflichtteilsberechtigten.¹⁰⁰

Für den Fall des § 2307 Abs. 1 Satz 1 BGB wird teilweise vertreten, dass mit dem Vermächtnisanspruch auch das entsprechende Ausschlagungsrecht übertragen werden könne. Überwiegend wird jedoch auch für das Vermächtnis die Höchstpersönlichkeit des Ausschlagungsrechts bejaht. Insbesondere bei Zuwendung eines Vermächtnisses an einen im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebenden Ehegatten wird es als untragbar empfunden, dass einem Dritten mit dem Ausschlagungsrecht die Entscheidung über das Entstehen eines Zugewinnausgleichsanspruchs nach § 1371 Abs. 2, Abs. 3 BGB zustehen könnte.¹⁰¹

Ist ein Erbteil oder ein Vermächtnis übertragen und übt der Pflichtteilsberechtigte sodann das bei ihm verbliebene Ausschlagungsrecht aus, so entsteht der Pflichtteilsanspruch grundsätzlich in seiner Person. Dem Inhaber des übertragenen Erbteils oder Vermächtnisses steht der Pflichtteilsanspruch nur dann zu, wenn mit der Übertragung des Erbteils oder Vermächtnisses zugleich der potenziell durch Ausschlagung entstehende Pflichtteilsanspruch übertragen worden ist.

c) Übertragbarkeit vor dem Erbfall

Nach den allgemeinen Abtretungsregeln kann ein Pflichtteilsanspruch als künftige bestimmbar Forderung grundsätzlich bereits vor seiner Entstehung und damit auch vor dem Erbfall abgetreten werden.¹⁰² Allerdings ist fraglich, inwiefern die Wirksamkeit einer solchen Vorausabtretung nach § 311b Abs. 4 und 5 BGB zu beurteilen ist. Nach § 311b Abs. 4 BGB ist ein Vertrag über den Nach-

⁹⁹ Herzog, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 126; Lange, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 21.

¹⁰⁰ Birkenheier, in: jurisPK-BGB, § 2317 Rn. 30; Herzog, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 123; Lange, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 17; Müller, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 7.

¹⁰¹ Birkenheier, in: jurisPK-BGB, § 2317 Rn. 30 f.; Herzog, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 124; Lange, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 17; Müller, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 7.

¹⁰² Vgl. etwa Klumpp, ZEV 1998, 123 (124).

lass eines noch lebenden Dritten nichtig. In Ausnahme hierzu ordnet § 311b Abs. 5 BGB die Wirksamkeit eines zwischen künftigen gesetzlichen Erben geschlossenen Vertrags über den Pflichtteil eines von ihnen an, sofern der Vertrag notariell beurkundet wird.

Teilweise werden § 311b Abs. 4 und 5 BGB nicht nur auf schuldrechtliche Verpflichtungsverträge, sondern unmittelbar auch auf dingliche Verträge angewandt.¹⁰³ Wohl überwiegend wird die unmittelbare Erstreckung von § 311b Abs. 4 und 5 BGB auch auf dingliche Verträge abgelehnt, gleichzeitig aber deren entsprechende Anwendung befürwortet.¹⁰⁴ Im Ergebnis besteht damit weitgehende Einigkeit,¹⁰⁵ dass die Vorausabtretung eines noch nicht entstandenen Pflichtteilsanspruchs zu Lebzeiten des Erblassers nach § 311b Abs. 4 Sätze 1 und 2 BGB grundsätzlich unwirksam ist. Wirksam ist sie nur, wenn sie zwischen künftigen gesetzlichen Erben erfolgt (§ 311b Abs. 5 Satz 1 BGB)¹⁰⁶ und notariell beurkundet ist (§ 311b Abs. 5 Satz 2 BGB).¹⁰⁷

¹⁰³ *Ludwig*, in: *jurisPK-BGB*, § 311b Rn. 443, 520; *R. Schumacher*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2012, § 311b Abs. 4 und 5 Rn. 3, 20, 32.

¹⁰⁴ BGH, Urt. v. 04.07.1962 – V ZR 14/61, BGHZ 37, 319 (Juris-Rn. 20 f. = S. 324 f.); *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 311b Rn. 72, 75; wohl auch *Kanzleiter*, in: *MünchKomm-BGB*, § 311b Rn. 111 f.

¹⁰⁵ Offenlassend, ob § 311b Abs. 4 und 5 BGB unmittelbar oder entsprechend auf dingliche Verträge anzuwenden sind, *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (124); *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 202; *Lange*, in: *MünchKomm-BGB*, § 2317 Rn. 1; für jedenfalls analoge Anwendung *Daniels*, S. 131.

¹⁰⁶ Vgl. BFH, Urt. v. 16.05.2013 – II R 21/11, BFHE 241, 390 (Rn. 10). Eine hierfür von dem oder den begünstigten Erben gezahlte Abfindung stellt steuerrechtlich keine fiktive Schenkung des (künftigen) Erblassers dar, sondern eine Schenkung des oder der die Abfindung zahlenden Erben (Rn. 11 des zitierten Urteils).

¹⁰⁷ Ausdrücklich für das Erfordernis der notariellen Beurkundung auch bei der Vorausabtretung eines Pflichtteilsanspruchs *R. Schumacher*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2012, § 311b Abs. 4 und 5 Rn. 3, 20, 32.

§ 2 Verfassungsrechtliche, rechtspolitische und rechtstatsächliche Bedeutung des Pflichtteilsrechts

Mit den oben umrissenen Regelungen des BGB zum Pflichtteilsrecht hat der Gesetzgeber versucht, eine vermittelnde Lösung zwischen den beiden Polen des unbedingten Verwandtenerbrechts und der unbeschränkten Testierfreiheit zu finden. Es ist zu fragen, in welchem verfassungsrechtlichen Rahmen sich diese Lösung bewegt und wie sie rechtspolitisch zu rechtfertigen ist, wobei bestehende Widersprüche und Unzulänglichkeiten hier zwar nicht aufgelöst werden können, wohl aber – auch wegen ihrer Relevanz für den Fortgang der Arbeit – aufzuzeigen sind. Schließlich ist auf die praktische Relevanz des Pflichtteilsrechts einzugehen.

I. Verfassungsrechtliche Dimension

Den verfassungsrechtlichen Rahmen des Pflichtteilsrechts bilden Art. 14 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG.

In Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 GG gewährleistet das Grundgesetz das Erbrecht sowohl als Rechtsinstitut als auch als Individualrecht.¹ Bestandteil der Erbrechtsgarantie ist die als Testierfreiheit bezeichnete Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlich vorgesehenen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tod an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen.² Spiegelbildlich zum Recht des Erblassers, zu vererben, gewährleistet die Erbrechtsgarantie auch das Recht des Erben, kraft gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge zu erben und Eigentum zu erwerben.³

¹ BVerfG, Beschl. v. 16.10.1984 – 1 BvR 513/78 (*Höferecht*), BVerfGE 67, 329 (Juris-Rn. 33 = S. 340); BVerfG, Beschl. v. 14.12.1994 – 1 BvR 720/90 (*Abfindungsanspruch des Miterben*), BVerfGE 91, 346 (Juris-Rn. 44 = S. 357); BVerfG, Beschl. v. 19.04.2005 – 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03 (*Pflichtteilsentziehung*), BVerfGE 112, 332 (Rn. 62); BVerfG, Beschl. v. 25.03.2009 – 1 BvR 909/08 (*Testamentsvollstreckungsdauer*), BVerfGK 15, 283 (Rn. 14); *Axer*, in: BeckOK-GG, Art. 14 Rn. 142; *Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 295.

² BVerfG, Beschl. v. 03.11.1981 – 1 BvL 11/77, 1 BvL 85/78, 1 BvR 47/81 (*Vorzeitiger Erbausgleich*), BVerfGE 58, 377 (Juris-Rn. 66 = S. 398 f.); BVerfG, Beschl. v. 16.10.1984 – 1 BvR 513/78 (*Höferecht*), BVerfGE 67, 329 (Juris-Rn. 35 = S. 341); BVerfG, Beschl. v. 14.12.1994 – 1 BvR 720/90 (*Abfindungsanspruch des Miterben*), BVerfGE 91, 346 (Juris-Rn. 46 = S. 358); BVerfG, Beschl. v. 30.08.2000 – 1 BvR 2464/97, NJW 2001, 141 (Rn. 25); BVerfG, Beschl. v. 19.04.2005 – 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03 (*Pflichtteilsentziehung*), BVerfGE 112, 332 (Rn. 63).

³ BVerfG, Beschl. v. 14.12.1994 – 1 BvR 720/90 (*Abfindungsanspruch des Miterben*), BVerfGE 91, 346 (Juris-Rn. 51 = S. 360); BVerfG, Beschl. v. 22.06.1995 – 2 BvR 552/91 (*Einheitsbewertung*), BVerfGE 93, 165 (Juris-Rn. 24 = S. 174); BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999

I. Standpunkt der Rechtsprechung

Ob auch das die Testierfreiheit einschränkende Recht naher Angehöriger auf angemessene Beteiligung am Vermögen des Erblassers Verfassungsrang genießt, war in der Rechtsprechung längere Zeit nicht geklärt. Während der BGH das Interesse der Pflichtteilsberechtigten in gewissem Umfang als durch Art. 14 GG⁴ oder durch Art. 14, 6 Abs. 1 GG⁵ geschützt angesehen hat, hat das BVerfG die Frage zunächst mehrfach offengelassen.⁶

Ausführlich behandelt und bejaht hat das BVerfG die verfassungsrechtliche Dimension der Pflichtteilsberechtigung der Abkömmlinge schließlich in einem Beschluss aus dem Jahr 2005. Danach wird die grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet.⁷ Dieses Ergebnis stützt das BVerfG zum einen auf eine historisch-rechtsvergleichende Argumentation und zum anderen auf den Gedanken der Familiensolidarität.

In historisch-rechtsvergleichender Hinsicht führt das BVerfG aus, dass der in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 BGB gesondert erwähnten Erbrechtsgarantie eigenständige Bedeutung deshalb zukommen müsse, weil die Testierfreiheit als solche bereits aus der in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 GG verbürgten Eigentums-garantie folge.⁸ In ihrer Dimension als Institutsgarantie nehme die Erbrechtsgarantie Bezug auf die tradierten Kernelemente des deutschen Erbrechts, zu denen auch die Pflichtteilsberechtigung der Kinder des Erblassers gehöre. Die aus dem römischen Recht herrührende zwingende Beteiligung der Kinder des Erblassers am Nachlass sei bereits Inhalt sämtlicher Partikularrechtsordnungen gewesen, die vor Inkrafttreten des BGB in Deutschland galten. Der BGB-Gesetzgeber habe sich bewusst für die Übernahme und Ausgestaltung als schuldrechtlichen Pflichtteilsanspruch entschieden, woran der Grundgesetzgeber mit Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 GG angeknüpft habe. Auch in den meisten anderen europäischen Rechtsordnungen sei eine zwingende Beteiligung der Abkömmlinge am Nachlass vorgesehen.⁹

– 1 BvR 2161/94 (*Testierausschluss Taubstummer*), BVerfGE 99, 341 (Rn. 37); BVerfG, Beschl. v. 19.04.2005 – 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03 (*Pflichtteilsentziehung*), BVerfGE 112, 332 (Rn. 64).

⁴ BGH, Urt. v. 17.09.1986 – IVa ZR 13/85, BGHZ 98, 226 (Juris-Rn. 18 = S. 232 f.).

⁵ BGH, Urt. v. 06.12.1989 – IVa ZR 249/88, BGHZ 109, 306 (Juris-Rn. 19 = S. 312 f.).

⁶ BVerfG, Beschl. v. 16.10.1984 – 1 BvR 513/78 (*Höferecht*), BVerfGE 67, 329 (Juris-Rn. 36 = S. 341); BVerfG, Beschl. v. 14.12.1994 – 1 BvR 720/90 (*Abfindungsanspruch des Miterben*), BVerfGE 91, 346 (Juris-Rn. 49 = S. 359 f.); BVerfG, Beschl. v. 30.08.2000 – 1 BvR 2464/97, NJW 2001, 141 (Rn. 28).

⁷ BVerfG, Beschl. v. 19.04.2005 – 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03 (*Pflichtteilsentziehung*), BVerfGE 112, 332 (Rn. 61).

⁸ So auch bereits *Schiemann*, ZEV 1995, 197 (199).

⁹ BVerfG, Beschl. v. 19.04.2005 – 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03 (*Pflichtteilsentziehung*), BVerfGE 112, 332 (Rn. 66–70).

Neben dieser historisch-rechtsvergleichenden Begründung hebt das BVerfG unter dem Aspekt der Familiensolidarität den engen Sinnzusammenhang des Pflichtteilsrechts mit dem durch Art. 6 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutz des Verhältnisses zwischen dem Erblasser und seinen Kindern hervor.¹⁰ Die in § 1618a BGB zum Ausdruck kommende beiderseitige familiäre Verantwortlichkeit zwischen Eltern und Kindern genieße durch Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtlichen Schutz. Mit dem Pflichtteilsrecht werde die durch Abstammung begründete Familiensolidarität über den Tod des Erblassers hinaus in materieller Hinsicht fortgesetzt. Den Kindern werde so eine ökonomische Basis aus dem Vermögen des Erblassers gesichert, das als Familienvermögen regelmäßig ohnehin gemeinschaftlich erworben, erhalten und genutzt werde. Bei Zerrüttung des persönlichen Verhältnisses begrenze das Pflichtteilsrecht die Möglichkeiten des Erblassers, seine Kinder zu bestrafen oder ungleich zu behandeln, und sei zur Sicherstellung einer gewissen Widerspiegelung der familienrechtlichen Verhältnisse in der Verteilung des Nachlasses geeignet und erforderlich. Insbesondere komme es Kindern aus einer früheren Ehe und mit Blick auf Art. 6 Abs. 5 GG nichtehelichen Kindern zugute.¹¹

Bei der Ausgestaltung der verfassungsrechtlich gebotenen Pflichtteilsberechtigung der Abkömmlinge komme dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum zu, der etwa auch eine zwingende Beteiligung an der Erbengemeinschaft zulasse. Der Höhe nach müsse die Beteiligung lediglich angemessen sein. Diesen Anforderungen sei der BGB-Gesetzgeber mit § 2303 Abs. 1 BGB in zulässiger Weise gerecht geworden.¹² Auch die in § 2333 Nr. 1 und 2 BGB und in § 2345 Abs. 2, § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB enthaltenen Regelungen über die Pflichtteilsentziehungs- und Pflichtteilsunwürdigkeitsgründe seien einer grundgesetzkonformen Auslegung zugänglich und damit verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.¹³

2. *Kritik der Literatur*

Bei der Rezeption des Beschlusses des BVerfG aus dem Jahr 2005 in der Literatur wird darauf hingewiesen, dass sich das BVerfG nur mit der Pflichtteilsberechtigung der Abkömmlinge befasst habe; zur Pflichtteilsberechtigung des Ehegatten und der Eltern des Erblassers lasse sich dem Beschluss keine unmittel-

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 19.04.2005 – 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03 (*Pflichtteilsentziehung*), BVerfGE 112, 332 (Rn. 71).

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 19.04.2005 – 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03 (*Pflichtteilsentziehung*), BVerfGE 112, 332 (Rn. 72–75).

¹² BVerfG, Beschl. v. 19.04.2005 – 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03 (*Pflichtteilsentziehung*), BVerfGE 112, 332 (Rn. 76 f.).

¹³ BVerfG, Beschl. v. 19.04.2005 – 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03 (*Pflichtteilsentziehung*), BVerfGE 112, 332 (Rn. 78–85).

telbare Aussage entnehmen.¹⁴ Teilweise wird immerhin von einer Übertragbarkeit der Begründung des BVerfG über das Prinzip der Familiensolidarität auf die anderen Pflichtteilsberechtigten ausgegangen.¹⁵

Sofern in der Literatur eine verfassungsrechtliche Verankerung des Pflichtteilsrechts bejaht wird,¹⁶ wird diese vornehmlich in Übereinstimmung mit dem wiedergegebenen Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 2005 im Zusammenspiel zwischen Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 GG und Art. 6 Abs. 1 GG verortet.¹⁷ Überwiegend ist der Beschluss in der Literatur jedoch auf Kritik gestoßen und wird zumindest hinsichtlich seiner Begründung für wenig überzeugend gehalten.¹⁸

a) Historisch-rechtsvergleichende Begründung

Gegen die historisch-rechtsvergleichende Begründung des BVerfG¹⁹ wird vorgebracht, dass das BVerfG die geringe methodische Relevanz der historischen Interpretation missachtet und bei der Rechtsvergleichung den angelsächsischen Rechtsraum nicht berücksichtigt habe, dem ein Pflichtteilsrecht gerade fremd sei. International sei eine Tendenz zu erkennen, den Kreis potenziell Pflichtteilsberechtigter immer enger zu ziehen.²⁰ Entgegen den Ausführungen des BVerfG sei das Pflichtteilsrecht auch in der deutschen Rechtstradition keineswegs unumstritten.²¹ Jedenfalls sei ein unumstößliches Pflichtteilsrecht bei Schaffung des Grundgesetzes nicht prägend gewesen,²² sodass es nicht gerechtfertigt sei, wenn das BVerfG das Pflichtteilsrecht über die Intention des BGB-Gesetzgebers und des GG-Verfassungsgebers hinausgehend in Verfassungsrang erhebe.²³

¹⁴ Gaier, ZEV 2006, 2 (6); Kleensang, ZEV 2005, 277 (280); Lange, in: MünchKomm-BGB, § 2303 Rn. 6.

¹⁵ Birkenheier, in: jurisPK-BGB, § 2303 Rn. 7.

¹⁶ Hingegen sogar für die Verfassungswidrigkeit des Pflichtteilsrechts Petri, ZRP 1993, 205 (206).

¹⁷ Vgl. Mayer, FamRZ 2005, 1441 (1442); Otte, in: Staudinger, Neubearb. 2015, Einl. zu §§ 2303 ff. Rn. 24.

¹⁸ Etwa Kleensang, ZEV 2005, 277 (279 ff.); Mayer, FamRZ 2005, 1441 (1442 f.); Stüber, NJW 2005, 2122 (2124); Lange, Kap. 20 Rn. 2; Lange, in: MünchKomm-BGB, § 2303 Rn. 5 f.; Müller, in: BeckOK-BGB, § 2303 Rn. 6 f.; zustimmend hingegen etwa Otte, JZ 2005, 1007 (1008 ff.); Birkenheier, in: jurisPK-BGB, § 2303 Rn. 9; Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 302.

¹⁹ Zur Vor- und Entstehungsgeschichte des im BGB geregelten Pflichtteilsrechts vgl. etwa Otte, in: Staudinger, Neubearb. 2015, Einl. zu §§ 2303 ff. Rn. 1–12.

²⁰ Lange, ZErB 2005, 205 (206); Mayer, FamRZ 2005, 1441 (1442 f.); Müller, in: BeckOK-BGB, § 2303 Rn. 6.

²¹ Kleensang, ZEV 2005, 277 (279 f.); Stüber, NJW 2005, 2122 (2123); Müller, in: BeckOK-BGB, § 2303 Rn. 6.

²² Kleensang, ZEV 2005, 277 (279); Stüber, NJW 2005, 2122 (2123); Müller, in: BeckOK-BGB, § 2303 Rn. 6.

²³ Kleensang, ZEV 2005, 277 (279); Mayer, FamRZ 2005, 1441 (1442).

b) Begründung über das Prinzip der Familiensolidarität

Auch die Argumentation mit dem Prinzip der Familiensolidarität wird für wenig überzeugend gehalten.²⁴ Ihr wird zwar zugutegehalten, dass sie die Wechselseitigkeit des Pflichtteilsrechts erklären könne. Auch könne das Pflichtteilsrecht in gewissem Maße zur Stärkung der familiären Solidargemeinschaft beitragen.²⁵ Mit dem Verfall der traditionellen (Klein-)Familie sei familiäre Solidarität faktisch aber immer weniger gegeben²⁶ und treffe die Vorstellung von der Familie als ökonomischer Einheit immer seltener zu.²⁷ Diesen gesellschaftlichen Veränderungen habe das Pflichtteilsrecht nicht Rechnung getragen, sondern knüpfe nach wie vor an die typisierte Solidarität in der Familie an, ohne dass im Einzelfall der Pflichtteil bei Zerrüttung des persönlichen Verhältnisses entzogen werden könnte.²⁸

Wollte man das Pflichtteilsrecht mit den Beiträgen der Pflichtteilsberechtigten zum Aufbau des Vermögens des Erblassers begründen, so müsste der Pflichtteil von der Höhe des Beitrags abhängig gemacht werden. Regelmäßig müsste dem Ehegatten dann ein deutlich größerer Pflichtteil zustehen als den Abkömmlingen.²⁹ Da beides nicht der Fall sei und da die Pflichtteilsberechtigten heutzutage ohnehin nur in Ausnahmefällen entscheidende Beiträge zum Aufbau des Vermögens des Erblassers leisteten, trage dieser Gedanke nicht.³⁰

Auch treffe es gar nicht zu, dass das Pflichtteilsrecht stets dem Schutz des Familienvermögens diene. Durch das Fehlen von Mechanismen gegen eine Verschwendung des auf den Pflichtteilsberechtigten übergehenden Vermögens und vor allem durch die Liquiditätsbelastung des Pflichtteilsanspruchsschuldners könne das Pflichtteilsrecht auch gerade zur Zerstörung des Familienvermögens beitragen.³¹ Die soziologische Normalfamilie könne durch das Pflichtteilsrecht somit ebenso geschützt wie gefährdet werden.³² Generell sei es kritikwürdig, überhaupt von Familienvermögen zu sprechen. Die Familie sei kein Rechtssubjekt und könne nicht Vermögensträger sein. Innerhalb der Familie beständen lediglich Unterhalts- und Beistandspflichten.³³ Jedenfalls sei der Gedanke eines Familienvermögens antiquiert. Auch wenn Erwerb und Erhalt von Vermögen in

²⁴ Zustimmung hingegen *Otte*, JZ 2005, 1007 (1008).

²⁵ *Otte*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, Einl. zu §§ 2303 ff. Rn. 24.

²⁶ *Mayer*, FamRZ 2005, 1441 (1443); *Haas*, in: Staudinger, Neubearb. 2006, Einl. zu §§ 2303 ff. Rn. 25; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2303 Rn. 7.

²⁷ *Haas*, in: Staudinger, Neubearb. 2006, Einl. zu §§ 2303 ff. Rn. 22.

²⁸ *Lange*, Kap. 20 Rn. 5.

²⁹ *Lange*, Kap. 20 Rn. 4.

³⁰ *Haas*, in: Staudinger, Neubearb. 2006, Einl. zu §§ 2303 ff. Rn. 22.

³¹ *Mayer*, FamRZ 2005, 1441 (1443); *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2303 Rn. 7.

³² *Kleensang*, ZEV 2005, 277 (281).

³³ *Kleensang*, ZEV 2005, 277 (280); *Stüber*, NJW 2005, 2122 (2123); hingegen auf die Bindung des „Familienvermögens“ zugunsten naher Angehöriger abstellend *Otte*, JZ 2005, 1007 (1008).

landwirtschaftlichen oder handwerklichen Familienbetrieben früher die Regel gewesen sein sollten, stelle dies heutzutage eher die Ausnahme dar.³⁴

II. Rechtspolitische Rechtfertigung

Ist die verfassungsrechtliche Dimension des Pflichtteilsrechts durch den Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 2005 für die Rechtspraxis – wengleich unter heftiger Kritik durch die Literatur – als geklärt zu betrachten, so ist weiter zu fragen, wie das Pflichtteilsrecht rechtspolitisch begründet wird.

Auch in rechtspolitischer Hinsicht wird historisch-rechtsvergleichend argumentiert und wird das Prinzip der Familiensolidarität herangezogen. Diese beiden Begründungsansätze wurden bereits im Rahmen der verfassungsrechtlichen Verankerung des Pflichtteilsrechts erörtert, sodass hierauf verwiesen werden kann.³⁵ Darüber hinaus werden zur rechtspolitischen Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts weitere Ansätze verfolgt.

I. Weitere Begründungsansätze

So wird etwa argumentiert, dass das Pflichtteilsrecht einer für die Gesellschaft schädlichen Konzentration von Vermögen bei einzelnen Personen entgegenwirken und stattdessen eine Streuung des Vermögens bewirken solle.³⁶ Dem wird entgegengehalten, dass – anders als möglicherweise noch bei Verabschiedung des BGB – die Gefahr schädlicher Vermögenskonzentration heute vor allem bei juristischen Personen bestehe und kaum bei natürlichen Personen, die jedoch regelmäßig Erben und Pflichtteilsanspruchsschuldner würden. Dem Effekt der Vermögensstreuung laufe es außerdem zuwider, wenn das Pflichtteilsrecht die Zerschlagung von Familienunternehmen notwendig mache.³⁷

Dass sich der Erblasser durch Heirat oder Kindeszeugung im Sinne des Pflichtteilsrechts willentlich selbst binde, wird heute kaum noch vertreten.³⁸ Dieser Gedanke könne die Pflichtteilsberechtigung der Eltern nicht erklären und stelle vor allem eine nicht gerechtfertigte Fiktion dar.³⁹

Teilweise wird argumentiert, das Pflichtteilsrecht bilde eine notwendige Freiheitsbegrenzung des Erblassers. Während der Erblasser die Folgen seines lebzeitigen Verhaltens stets zu gewärtigen habe, treffe ihn bei Ausübung seiner Testierfreiheit keinerlei Verantwortung. Insofern kämen dem Pflichtteilsrecht eine freiheitsbegrenzende Wirkung und eine Orientierungsfunktion zu.⁴⁰ Dieser Argumentation wird vorgeworfen, sie beruhe auf der zweifelhaften Prämisse,

³⁴ *Leipold*, Rn. 72; *Haas*, in: Staudinger, Neubearb. 2006, Einl. zu §§ 2303 ff. Rn. 21.

³⁵ Oben unter § 2.1.1. (S. 31).

³⁶ *Otte*, ZEV 1994, 193 (196 f.); *Schiemann*, ZEV 1995, 197 (199). Vgl. auch *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2303 Rn. 3.

³⁷ *Haas*, in: Staudinger, Neubearb. 2006, Einl. zu §§ 2303 ff. Rn. 20.

³⁸ *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2303 Rn. 4.

³⁹ *Haas*, in: Staudinger, Neubearb. 2006, Einl. zu §§ 2303 ff. Rn. 23.

⁴⁰ *Otte*, ZEV 1994, 193 (197). Vgl. auch *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2303 Rn. 3.

dass Angehörige unabhängig von einer persönlichen Nähebeziehung und von dem Erblasser gegenüber erbrachter Fürsorge einen Anspruch auf Beteiligung an dessen Nachlass hätten.⁴¹

Schließlich wurde dem Pflichtteilsrecht auch eine existenz- und unterhaltssichernde Funktion zugemessen. Besonders zur Zeit der Schaffung des BGB, als die Berufsausbildung und die Alterssicherung kaum durch den Staat gewährleistet werden konnten, standen der Versorgungs-, der Ausstattungs- und der Alimentationscharakter des Pflichtteilsrechts mit im Fokus.⁴² Mit Erstarken der staatlichen Fürsorgeleistungen hat dieser Aspekt jedoch an Bedeutung verloren.⁴³ Ihm wird auch entgegengehalten, dass das Pflichtteilsrecht gerade nicht an die Bedürftigkeit anknüpfe.⁴⁴ Selbst das BVerfG hat die Bedarfsunabhängigkeit des Pflichtteilsrechts hervorgehoben⁴⁵ und es so von einer existenz- und unterhaltssichernden Funktion gelöst.⁴⁶ Aufgrund der gestiegenen Lebenserwartung komme das Pflichtteilsrecht regelmäßig erst dann zum Tragen,⁴⁷ wenn sich der Pflichtteilsberechtigte schon eine eigene Existenz aufgebaut habe.⁴⁸

2. Bewertung

Insgesamt ist festzustellen, dass es den Verfechtern des Pflichtteilsrechts durchaus schwerfällt, ein tragfähiges und rechtspolitisch überzeugendes Begründungskonzept aufzustellen. Wohlgermerkt hat das BVerfG in seinem grundlegenden Beschluss aus dem Jahr 2005 den weiteren Begründungsansätzen keinerlei Beachtung geschenkt und sich auf die historisch-rechtsvergleichende Betrachtung sowie auf das Argument der Familiensolidarität beschränkt.⁴⁹ Dass auch diese beiden Begründungen teils heftiger Kritik ausgesetzt sind, wurde bereits dargelegt.⁵⁰ Es verwundert daher nicht, dass insbesondere nach dem Wiederaufflammen der rechtspolitischen Diskussion infolge der Wiedervereinigung

⁴¹ *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 460 (463).

⁴² Vgl. *Petri*, ZRP 1993, 205 (206); *Otte*, ZEV 1994, 193 (194 f.); *Michalski*, Rn. 504.

⁴³ *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2303 Rn. 3.

⁴⁴ *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 460 (463); *Lange*, Kap. 20 Rn. 3; *Haas*, in: Staudinger, Neubearb. 2006, Einl. zu §§ 2303 ff. Rn. 19.

⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 19.04.2005 – 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03 (*Pflichtteilsentziehung*), BVerfGE 112, 332 (Rn. 73).

⁴⁶ *Birkenheier*, in: jurisPK-BGB, § 2303 Rn. 8.

⁴⁷ In den Jahren 2011 bis 2020 ist der typische Erbe zwischen 40 und 65 Jahre alt, vgl. *Braun*, Wirtschaftsdienst 2011, 724 (725).

⁴⁸ *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 460 (463); *Petri*, ZRP 1993, 205 (206); *Schiemann*, ZEV 1995, 197 (199); *Lange*, Kap. 20 Rn. 3; *Haas*, in: Staudinger, Neubearb. 2006, Einl. zu §§ 2303 ff. Rn. 19; dies auch für die Vergangenheit bejahend und daher eine unterhaltssichernde Funktion des Pflichtteilsrechts bereits bei Schaffung des BGB verneinend *Otte*, JZ 2005, 1007 (1009); *Otte*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, Einl. zu §§ 2303 ff. Rn. 21.

⁴⁹ *Kleinsang*, ZEV 2005, 277 (281).

⁵⁰ Oben unter § 2.1.2. (S. 32).

einer grundlegenden Modifikation bis hin zu einer kompletten Abschaffung des geltenden Pflichtteilsrechts das Wort geredet wurde.⁵¹

Diese Stimmen sind jedoch vereinzelt geblieben. Die Mehrheit in der Literatur steht zwar den für das Pflichtteilsrecht ins Feld geführten Begründungen kritisch gegenüber und hält sie für wenig überzeugend, zieht daraus jedoch nicht die Konsequenz, für eine grundlegende Umgestaltung oder Streichung des Pflichtteilsrechts zu plädieren. Sie sieht sich daher dem Vorwurf ausgesetzt, letztlich aus emotionalen Gründen am Pflichtteilsrecht festzuhalten und es als erb- und familienrechtliches Grundprinzip gleichsam unter juristischen Naturschutz zu stellen.⁵² Beim Gesetzgeber schließlich ist die vorgebrachte Kritik kaum auf Widerhall gestoßen. Gestützt auf den Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 2005 hat er bei der Erbrechtsreform 2009 die Grundstrukturen des Pflichtteilsrechts weitgehend unangetastet gelassen und damit bestätigt. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass das gesetzliche Pflichtteilsrecht als solches bis auf Weiteres Bestand haben wird.

III. Rechtstatsächliche Relevanz

Ungeachtet seiner umstrittenen verfassungsrechtlichen Fundierung und der rechtspolitischen Kritik ist das geltende Pflichtteilsrecht tatsächlich von großer und sogar wachsender Bedeutung für die Rechtspraxis und die Rechtsprechung.⁵³

Ein Grund hierfür dürfte in dem enormen Anstieg des Gesamtwohlstandes der deutschen Bevölkerung und infolgedessen in dem Anstieg des von Todes wegen übertragenen Vermögens zu sehen sein, weil mit Zunahme der wirtschaftlichen Relevanz auch die Bereitschaft zur Auseinandersetzung über Pflichtteilsansprüche steigt.⁵⁴ So ist einer Studie des Deutschen Instituts für Altersvorsorge zufolge zu erwarten, dass in den zehn Jahren zwischen 2011 und 2020 in Deutschland durch Sterbefälle in 7,7 Mio. Haushalten ein Vermögen von knapp 2,6 Billionen Euro von Todes wegen übergehen wird (ohne Berücksichtigung der höchsten 2 % des Erbschaftsvolumens immer noch 1,8 Billionen Euro).⁵⁵ In rund einem Drittel der Erbfälle wird der Nachlass dabei mehr als 150.000 Euro wert sein, in ungefähr einem weiteren Drittel zwischen 25.000 und 150.000 Euro.⁵⁶ Durchschnittlich werden pro Erbfall 305.000 Euro zu übertragen sein (ohne Berücksichtigung der oberen 2 % noch 212.000 Euro). Der Anstieg des Erbschaftsvolumens zeigt sich daran, dass in den vorangegangenen Jahren zwischen 2001 und 2010 durchschnittlich nur 248.000 Euro pro Erbfall zu vererben waren (oh-

⁵¹ *Dauner-Lieb*, FF 2001, 78 (79 f., 82); *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 460 (465); *Petri*, ZRP 1993, 205 (206).

⁵² *Dauner-Lieb*, FF 2001, 78 (79).

⁵³ Etwa *Stüber*, NJW 2005, 2122 (2124); *Birkenheier*, in: *jurisPK-BGB*, § 2303 Rn. 18.

⁵⁴ *Haas*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2006, Einl. zu §§ 2303 ff. Rn. 26.

⁵⁵ *Braun*, *Wirtschaftsdienst* 2011, 724 (724); *Braun/Pfeiffer/Thomschke*, S. 20, 23.

⁵⁶ *Braun*, *Wirtschaftsdienst* 2011, 724 (724 f.).

ne Berücksichtigung der oberen 2 % 183.000 Euro), sodass eine Steigerung um 23 % zu verzeichnen ist (ohne Berücksichtigung der oberen 2 % eine Steigerung um 16 %).⁵⁷ Nach einer neueren Studie des Deutschen Instituts für Altersvorsorge werden in den Jahren 2015 bis 2024 bei Sterbefällen in 7,7 Mio. Haushalten gar 3,1 Billionen Euro vererbt werden (ohne Berücksichtigung der höchsten 2 % des Erbschaftsvolumens immer noch 2,1 Billionen Euro).⁵⁸ Auf die nächsten Generationen werden dabei bei 5,8 Mio. Todesfällen 2,1 Billionen Euro übertragen werden (ohne Berücksichtigung der höchsten 2 % des Erbschaftsvolumens immer noch 1,4 Billionen Euro), sodass sich die durchschnittliche Erbschaft bei einer generationenübergreifenden Übertragung auf rund 363.000 Euro beläuft (ohne Berücksichtigung der oberen 2 % noch 242.000 Euro).⁵⁹ Wurden in der Vergangenheit je nach Werthaltigkeit des Nachlasses in rund 1 – 10 % der Erbfälle Pflichtteilsansprüche tatsächlich geltend gemacht,⁶⁰ so ist auch mit einem Anstieg dieser Quote zu rechnen.

Selbst wenn in einem Erbfall keine Pflichtteilsansprüche erhoben werden, bedeutet das nicht zwingend, dass das Pflichtteilsrecht für diesen Fall ohne Relevanz wäre. Vielmehr kann es auch dann in der erbrechtlichen Beratung im Vorfeld des Erbfallbeschlusses eine Rolle gespielt haben. Tatsächlich ist das Pflichtteilsrecht für die Beratungs- und Gestaltungspraxis durch Rechtsanwälte und Notare von großer Bedeutung.⁶¹

Dies dürfte zum einen darauf zurückzuführen sein, dass ein Großteil der in Deutschland erstellten Testamente gemeinschaftliche Testamente von Ehe- oder Lebenspartnern nach §§ 2265 ff. BGB sind, im Rahmen derer das Vermögen des Erstversterbenden zunächst dem überlebenden Partner zugute kommen und nach dessen Tod auf einen oder mehrere Dritte, regelmäßig die Kinder, übergehen soll.⁶² Am gebräuchlichsten ist dabei das sogenannte – oft auch als „Berliner Testament“ bezeichnete – Einheitsmodell nach § 2269 Abs. 1 BGB, bei dem der überlebende Partner als Alleinerbe des Erstversterbenden eingesetzt wird.⁶³ Sind aber Kinder oder Elternteile des erstversterbenden Ehe- oder Lebenspartners vorhanden, so werden diese durch die Alleinerbeneinsetzung des überlebenden Partners enterbt, was das Entstehen von Pflichtteilsansprüchen nach sich ziehen kann. In derartigen Fällen werden die Testierenden daher bemüht sein, die Pflichtteilsberechtigten zu einem Verzicht auf ihre Pflichtteilsberechtigung zu bewegen⁶⁴ oder die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen durch soge-

⁵⁷ *Braun*, Wirtschaftsdienst 2011, 724 (726); *Braun/Pfeiffer/Thomschke*, S. 84.

⁵⁸ *Braun*, S. 5, 25.

⁵⁹ *Braun*, S. 5 f.

⁶⁰ *Haas*, in: Staudinger, Neubearb. 2006, Einl. zu §§ 2303 ff. Rn. 26.

⁶¹ *G. Müller*, in: Schlitt/Müller, § 10 Rn. 1.

⁶² Verlässliche empirische Daten zur Verbreitung derartiger Testamente sind nicht verfügbar, vgl. *Braun/Pfeiffer/Thomschke*, S. 18; *Musielak*, in: MünchKomm-BGB, § 2269 Rn. 10.

⁶³ Ausführlicher dazu und auch zur Terminologie unten unter § 3.II.1. (S. 42).

⁶⁴ *Petri*, ZRP 1993, 205 (205); *Litzenburger*, in: BeckOK-BGB, § 2269 Rn. 52.

nannte Pflichtteilsstrafklauseln oder in anderer Weise zu sanktionieren.⁶⁵ Der damit einhergehende Beratungsbedarf liegt auf der Hand.

Zum anderen wird ein Grund für die wachsende Bedeutung des Pflichtteilsrechts für die Rechtspraxis auch darin zu sehen sein, dass das Pflichtteilsrecht in der letzten Zeit zwar an Bekanntheit in der Bevölkerung gewonnen,⁶⁶ zugleich aber an Akzeptanz verloren hat.⁶⁷ Wenn die Lebenserwartung ansteigt, verliert für die Existenz der Kinder die Ausstattung mit Vermögen durch die Eltern gegenüber der eigenen Ausbildung an Relevanz, und wenn sich Funktion und Bedeutung der Familie weg von bloß biologischer Verbundenheit hin zur Betonung der sozialen und emotionalen Bindungen verschieben, so stößt das geltende Pflichtteilsrecht immer mehr auf Ablehnung und Unverständnis. Auch ohne Missgunst gegenüber einzelnen Pflichtteilsberechtigten zu hegen, wünschen sich künftige Erblasser oft mehr Freiheit für eine verantwortungsvolle Nachlassplanung, etwa zur Absicherung eines (nicht eingetragenen) Lebenspartners, zur Unterstützung besonders bedürftiger Abkömmlinge oder zur Erhaltung eines Familienunternehmens.⁶⁸ Sich häufende Versuche, das geltende Pflichtteilsrecht zu umgehen, sind Folge dieser Entwicklungen.⁶⁹

⁶⁵ *Litzenburger*, in: BeckOK-BGB, § 2269 Rn. 44 ff.; *Musielak*, in: MünchKomm-BGB, § 2269 Rn. 65–67.

⁶⁶ *G. Müller*, in: Schlitt/Müller, § 10 Rn. 2.

⁶⁷ *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 460 (461); *Haas*, in: Staudinger, Neubearb. 2006, Einl. zu §§ 2303 ff. Rn. 26a.

⁶⁸ *Dauner-Lieb*, FF 2001, 78 (79); *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 460 (462 f.).

⁶⁹ BGH, Urt. v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, BGHZ 116, 167 (Juris-Rn. 23 = S. 174 f.).

§ 3 Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Anspruchs

Wie grundsätzlich jedem Anspruchsinhaber steht es auch dem Inhaber eines Pflichtteilsanspruchs frei, seinen Anspruch geltend zu machen oder nicht geltend zu machen. Im Gegensatz zu anderen, rein wirtschaftlichen Ansprüchen ist der Pflichtteilsanspruch aber in einer engen familiären Beziehung zwischen dem Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten begründet. Vor diesem Hintergrund wird dem Grundsatz der Entscheidungs- und Entschließungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers besondere Bedeutung zugemessen.¹ Durch Gewährleistung der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers wird auch dessen Gleichbehandlung mit Erben und Vermächtnisnehmern sichergestellt und der Tatsache Rechnung getragen, dass ein Pflichtteilsanspruch, anders als eine Erbschaft und ein Vermächtnis, nicht ausgeschlossen werden kann.²

Ausdruck findet dieser Grundsatz der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Anspruchs insbesondere in der Vorschrift des § 852 Abs. 1 ZPO, nach welcher der Pflichtteilsanspruch der Pfändung nur unterworfen ist, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechthängig geworden ist. Mit dieser Regelung wird der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers Vorrang vor den Interessen seiner Gläubiger eingeräumt.³

Ausdruck findet der Grundsatz der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers aber etwa auch im Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ist der Erwerb eines Pflichtteilsanspruchs als solcher erbschaftsteuerpflichtig. Auf der anderen Seite ist die Verpflichtung zur Zahlung eines Pflichtteilsanspruchs von einer erbschaftsteuerpflichtigen Erbschaft nach § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG abzugsfähig. Um den Pflichtteilsanspruchsinhaber nicht zur Realisierung seines Pflichtteilsanspruchs zu drängen, sondern ihm ohne steuerrechtliche Nachteile die Möglichkeit zu belassen, den ihm zustehenden Pflichtteilsanspruch nicht einzufordern, erfassen beide Normen nur „den geltend gemachten Pflichtteil[sanspruch]“. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b ErbStG entsteht die Steuer ausdrücklich erst mit dem Zeitpunkt der Geltendmachung.

¹ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 07.07.1982 – IVb ZR 738/80, NJW 1982, 2771 (JurisRn. 16 = S. 2772); *Lange*, Kap. 20 Rn. 160; *Grziwotz*, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, § 2317 Rn. 25; *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 55; *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 12.

² Vgl. *Seer/Krumm*, ZEV 2010, 57 (59 f.).

³ *Lange*, Kap. 20 Rn. 160.

Auch im Steuerrecht wird damit zugleich die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers geschützt und es wird berücksichtigt, dass der Pflichtteilsanspruch nicht rückwirkend ausgeschlagen werden kann.⁴

Es ist zu fragen, welche Motive für die Nichtgeltendmachung eines bestehenden Pflichtteilsanspruchs sprechen können, welche Obliegenheiten zur (Nicht-) Geltendmachung drängen können und inwiefern die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers durch die Überleitung seines Anspruchs auf einen Sozialleistungsträger ausgehebelt werden kann.⁵

I. Motive für die Nichtgeltendmachung

Grundsätzlich ist es für einen Pflichtteilsanspruchsinhaber von Vorteil, seinen Anspruch geltend zu machen und die entsprechende Zahlung zu erhalten. Gegen die Geltendmachung mögen aber je nach den Umständen des konkreten Falles mannigfaltige Gründe sprechen:⁶ Neben wirtschaftlichen Erwägungen wie Zweifeln an der Werthaltigkeit und Durchsetzbarkeit des Anspruchs oder der Scheu vor einer gerichtlichen Auseinandersetzung werden regelmäßig Motive aus dem moralisch-familiären Bereich ausschlaggebend sein, wofür wohlgermerkt sowohl die familiäre Beziehung zum Erblasser als auch, sofern es sich nicht um den gegen einen Dritten gerichteten Anspruch aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt, die regelmäßig familiäre Beziehung zum Erben als Anspruchsgegner in den Blick zu nehmen ist.⁷ So mag etwa die Nichtgeltendmachung des Pflichtteilsanspruchs als bewusste Zuwendung an den Erben gesehen werden. Handelt es sich bei dem Erben um den längerlebenden Elternteil, so kann die Nichtgeltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch einen Abkömmling dem Schutz der Altersversorgung dieses Elternteils dienen. Besteht der Nachlass im Wesentlichen aus einem nur schwer teilbaren Vermögensgegenstand, etwa einer Immobilie oder einem Familienunternehmen, so bewahrt die Nichtgeltendmachung von Pflichtteilsansprüchen vor der Notwendigkeit der

⁴ BFH, Urt. v. 07.10.1998 – II R 52/96, BFHE 187, 50 (Juris-Rn. 10 = S. 52); BFH, Urt. v. 31.03.2010 – II R 22/09, BFHE 229, 374 (Rn. 12); Finanzgericht Rheinland-Pfalz, Urt. v. 10.12.2001 – 4 K 2203/00, ZErB 2002, 196 (Juris-Rn. 14 = S. 196 f.); FG München, Urt. v. 24.08.2005 – 4 K 4361/03, EFG 2005, 1887 (Juris-Rn. 28 = S. 1888); *Seer/Krumm*, ZEV 2010, 57 (60); *Gebel*, in: Troll/Gebel/Jülicher, § 3 Rn. 224; *Lampert*, in: jurisPK-BGB, Steuerrechtl. Hinw. zu § 2303 Rn. 1; *Meincke*, § 9 Rn. 30.

⁵ Zu dem hier nicht weiter interessierenden Sonderfall der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs eines Minderjährigen und den sich dabei stellenden Fragen etwa nach dem Abschluss der elterlichen Vertretungsmacht durch den Erblasser gemäß § 1638 Abs. 1 BGB oder dem Entzug der elterlichen Vertretungsmacht durch das Familiengericht, nach der Bestellung eines Ergänzungspflegers oder nach den Auswirkungen des § 181 BGB vgl. *Haas*, in: Staudinger, Neubearb. 2006, § 2317 Rn. 77–81 und *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 214 Fn. 198. Zu § 181 BGB beim Verzicht eines Minderjährigen auf einen Pflichtteilsanspruch zugunsten eines Elternteils vgl. *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 212 ff.

⁶ Vgl. auch *Hannich*, S. 38 f.

⁷ *Hannich*, S. 32 f.

Vermögenszerschlagung. Auch kann dem Pflichtteilsanspruchsinhaber schlicht an der Wahrung des Familienfriedens gelegen sein. Eigennützig kann die Nichtgeltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs sein, wenn sich der Anspruchsinhaber dadurch andere Vorteile wie etwa die Einsetzung als Erbe eines anderen Erblassers aus der Familie verspricht. Insbesondere bei Zerrüttung des Verhältnisses zu dem Erblasser kann es ein Pflichtteilsanspruchsinhaber auch aus persönlichen Gründen ablehnen, in irgendeiner Weise von dessen Nachlass zu profitieren. Schließlich kann ein Pflichtteilsanspruchsinhaber seinen Anspruch auch dann nicht geltend machen wollen, wenn der Anspruch aufgrund seiner eigenen wirtschaftlichen Lage letztlich gar nicht ihm selbst, sondern einem Dritten zugute käme.

Da der Pflichtteilsanspruchsinhaber in seiner Entscheidung über die Geltendmachung frei ist, sind seine Motive rechtlich ohne Bedeutung und entziehen sich einer Bewertung.

II. Obliegenheiten zur (Nicht-)Geltendmachung

Eingeschränkt sein kann die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers aber durch Obliegenheiten, seinen Anspruch geltend zu machen oder dies zu unterlassen.

1. Pflichtteilsstrafklausel

Eine Obliegenheit zur Nichtgeltendmachung, deren Nichterfüllung unmittelbar rechtliche Nachteile für den Pflichtteilsanspruchsinhaber zur Folge hat, ergibt sich häufig aus einem gemeinschaftlichen Testament von Ehe- oder Lebenspartnern, bei dem sich die Partner im Sinne der sogenannten Einheitslösung gegenseitig zu Alleinerben einsetzen und den Übergang des Vermögens mit dem Tod des Letztversterbenden auf einen oder mehrere Dritte, meist die Kinder, anordnen. Diese Variante des gemeinschaftlichen Testaments wird überwiegend auch als „Berliner Testament“ bezeichnet und ist zu unterscheiden von dem gemeinschaftlichen Testament mit Trennungslösung, bei welchem nach dem Tod des Erstversterbenden der überlebende Partner nicht zum Alleinerben, sondern nur zum Vorerben und der Dritte zum Nacherben eingesetzt wird, die Vermögensmassen der testierenden Partner also getrennt vererbt werden.⁸

Bei der Trennungslösung bestehen mit Blick auf das Pflichtteilsrecht kaum Schwierigkeiten: Wird der pflichtteilsberechtigte Dritte nach dem ersten Todesfall Nacherbe des Erstversterbenden und der überlebende Partner insoweit Vorerbe, ergibt sich ein Pflichtteilsanspruch aus § 2306 Abs. 1, Abs. 2 BGB, wenn der Pflichtteilsberechtigte nach dem Tod des Erstversterbenden die ihm zustehende

⁸ Bisweilen werden – historisch wohl treffender – auch beide Varianten des gemeinschaftlichen Testaments als „Berliner Testament“ bezeichnet, etwa bei *Lange*, Kap. 4 Rn. 97. Vgl. zur Terminologie *Sticherling*, JuS 2002, 1248 (1248); *Musielak*, in: MünchKomm-BGB, § 2269 Rn. 11.

Nacherbschaft ausschlägt. Schlägt er sie nicht aus und wird er Nacherbe, steht ihm kein Pflichtteilsanspruch zu. Für seine Stellung als (Voll-)Erbe nach dem Tod des Letztversterbenden spielt es keine Rolle, ob der Pflichtteilsberechtigte die Nacherbschaft nach dem Tod des Erstversterbenden annimmt oder sie ausschlägt und seinen Pflichtteilsanspruch geltend macht.⁹ Da die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs zwingend die Ausschlagung und damit den Verlust der Stellung als Nacherbe nach dem Erstversterbenden voraussetzt, besteht für die Testierenden keine Veranlassung, die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs zu sanktionieren. Bei der Trennungslösung kann somit keine Obliegenheit zur Annahme der Erbschaft oder zumindest zur Nichtgeltendmachung eines – ohnehin erst nach Ausschlagung entstehenden – Pflichtteilsanspruchs bestehen.

Im Rahmen der Einheitslösung kann der Pflichtteilsanspruchsinhaber hingegen sehr wohl zur Nichtgeltendmachung seines Anspruchs gehalten sein: Wird der Pflichtteilsberechtigte bei dem Tod des Erstversterbenden durch Einsetzung des überlebenden Partners zum Alleinerben übergegangen, steht ihm ein Pflichtteilsanspruch aus § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen den überlebenden Partner als Erben zu. Dessen Geltendmachung bringt für den Pflichtteilsanspruchsinhaber nur Vorteile mit sich, benachteiligt aber den überlebenden Partner und, falls das Vermögen nach dem Tod des Letztversterbenden auf mehrere Dritte übergehen soll, diejenigen Dritten, die nach dem Tod des Erstversterbenden keinen Pflichtteilsanspruch geltend gemacht haben. Da die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nach dem ersten Erbfall damit dem Willen der Testierenden widerspricht, versuchen diese regelmäßig entweder, die Pflichtteilsberechtigten zu einem Verzicht auf ihre Pflichtteilsberechtigung nach dem Erstversterbenden zu bewegen,¹⁰ oder die Geltendmachung nicht ausschließbarer Pflichtteilsansprüche mit einer Pflichtteilsstrafklausel (auch: Verwirkungsklausel) zu sanktionieren. Durch eine solche Pflichtteilsstrafklausel wird derjenige, der nach dem Tod des Erstversterbenden seinen Pflichtteilsanspruch geltend macht, auch nach dem Tod des Letztversterbenden nur auf den Pflichtteil gesetzt, indem seine Einsetzung als Erbe nach dem Letztversterbenden gemäß § 2075 BGB unter die auflösende Bedingung der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Erstversterbenden gestellt wird.¹¹ Da eine derartige Pflichtteilsstrafklausel den Verlust der Erbenstellung nach dem Tod des Letztversterbenden unmittelbar an die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs knüpft, stellt sie eine Obliegenheit dar, diese zu unterlassen.

Wie stark der Einfluss dieser Obliegenheit auf die Entscheidungsfreiheit eines Pflichtteilsanspruchsinhabers ist, hängt von den jeweiligen wirtschaftlichen Verhältnissen ab. Ist etwa der erstversterbende Ehe- oder Lebenspartner deutlich vermögender als der überlebende Partner und ist damit zu rechnen, dass der über-

⁹ Lange, Kap. 4 Rn. 99; Musielak, in: MünchKomm-BGB, § 2269 Rn. 63.

¹⁰ Petri, ZRP 1993, 205 (205); Litzenburger, in: BeckOK-BGB, § 2269 Rn. 52.

¹¹ Lange, Kap. 4 Rn. 101 ff.; Litzenburger, in: BeckOK-BGB, § 2269 Rn. 45 ff.; Musielak, in: MünchKomm-BGB, § 2269 Rn. 65 ff.

lebende Partner sein Vermögen bis zu seinem Tod noch schmälern könnte, so kann trotz Pflichtteilsstrafklausel die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Erstversterbenden wirtschaftlich sinnvoll sein.¹² Im Allgemeinen ist aber eine Pflichtteilsstrafklausel dazu geeignet, einen Pflichtteilsanspruchsinhaber von der Geltendmachung seines Anspruchs abzuhalten.

2. Unterhaltsrecht

Auch das Unterhaltsrecht enthält Obliegenheiten, welche die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsberechtigten über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs – freilich in Richtung einer Geltendmachung – einschränken können.¹³ Ist der Inhaber eines noch nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs unterhalts**berechtigt**, kann der Pflichtteilsanspruch für dessen unterhaltsrechtliche Bedürftigkeit von Bedeutung sein. Ist der Pflichtteilsanspruchsinhaber unterhalts**verpflichtet**, kann der Pflichtteilsanspruch bei Bestimmung der Höhe des zu gewährenden Unterhalts und bei Prüfung seiner Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen sein.

a) Unterhaltsberechtigter Pflichtteilsanspruchsinhaber

Von seinem ehemaligen Ehegatten kann ein geschiedener Pflichtteilsanspruchsinhaber gemäß § 1577 Abs. 1 BGB nachehelichen Unterhalt nur verlangen, solange und soweit er bedürftig ist und sich aus seinen Einkünften und seinem Vermögen nicht selbst unterhalten kann. Anders als ein gegenüber seinen Eltern unterhaltsberechtigtes minderjähriges unverheiratetes Kind (§ 1602 Abs. 2 BGB), hat ein unterhaltsberechtigter geschiedener Ehegatte zur Minderung seiner eigenen Bedürftigkeit dabei auch den Stamm seines Vermögens zu verwerten. Von dieser Obliegenheit ist er nach § 1577 Abs. 3 BGB nur befreit, soweit die Verwertung unwirtschaftlich oder unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse unbillig wäre. Danach ist ein geschiedener Pflichtteilsanspruchsinhaber grundsätzlich zur Geltendmachung eines ihm zustehenden Pflichtteilsanspruchs gehalten, bevor er nachehelichen Unterhalt verlangen kann.¹⁴ Dass die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs eine künftige Erbeinsetzung abstrakt gefährdet, macht sie nicht ohne Weiteres unwirtschaftlich. Sie ist auch nicht schon dann unbillig, wenn sie den Pflichtteilsanspruchsschuld-

¹² *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 71.

¹³ BGH, Urt. v. 07.07.1982 – IVb ZR 738/80, NJW 1982, 2771 (Juris-Rn. 17 = S. 2772); kritisch zu der diesbezüglichen höchstrichterlichen Rechtsprechung *Muscheler*, Universalsukzession, S. 229 f.

¹⁴ BGH, Urt. v. 21.04.1993 – XII ZR 248/91, NJW 1993, 1920 (Juris-Rn. 10 = S. 1921); BGH, Urt. v. 05.11.2014 – IV ZR 104/14, NJW 2015, 59 (Rn. 18); *Birkenheier*, in: jurisPK-BGB, § 2317 Rn. 69; *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 73. Vgl. auch *Frank*, FS Leipold, 983 (990). Kritisch zur Verortung der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs bei § 1577 Abs. 3 BGB *Muscheler*, Universalsukzession, S. 228 Fn. 237.

ner zu unwirtschaftlichen Veräußerungen von Nachlassbestandteilen zwingt.¹⁵ Zu berücksichtigen sind bei der Prüfung der Unbilligkeit aber Zumutbarkeitsgesichtspunkte. Unzumutbar kann die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs etwa dann sein, wenn sie sich auf die Höhe des gegen einen vermögenden Unterhaltsschuldner gerichteten Unterhaltsanspruchs nur unmerklich auswirken würde.¹⁶

Macht der unterhaltsberechtigte Pflichtteilsanspruchsinhaber seinen Pflichtteilsanspruch nicht geltend, obwohl er nach § 1577 Abs. 3 BGB dazu gehalten ist, so hat dies nach § 1577 Abs. 1 BGB eine Kürzung bis hin zum kompletten Ausschluss seines Anspruchs auf Gewährung nachehelichen Unterhalts zur Folge. Den unterhaltsberechtigten Pflichtteilsanspruchsinhaber kann also eine Obliegenheit zur Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs treffen. Verpflichten kann ihn das Unterhaltsrecht dazu hingegen nicht.

b) Unterhaltsverpflichteter Pflichtteilsanspruchsinhaber

Aufseiten des unterhaltsverpflichteten Pflichtteilsanspruchsinhabers kann das Bestehen eines noch nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs sowohl für die Höhe des zu gewährenden Unterhalts als auch für seine Leistungsfähigkeit von Bedeutung sein.

So sind etwa für die Höhe des nachehelichen Unterhalts nach § 1578 Abs. 1 BGB alle Einkünfte zu berücksichtigen, die bei fortbestehender Ehe für den Unterhalt der Familie zur Verfügung gestanden hätten. Hätte ein Pflichtteilsanspruch bei Fortbestand der Ehe dem Unterhalt der Familie gedient, so ist er als prägend für die ehelichen Lebensverhältnisse anzusehen und deshalb in die Bestimmung der Höhe des zu gewährenden Unterhalts mit einzubeziehen. Dies gilt jedoch nur, wenn der Pflichtteilsanspruch bei Fortbestand der Ehe auch tatsächlich geltend gemacht worden wäre, wozu keine generelle Obliegenheit besteht.¹⁷ Dass der Pflichtteilsanspruch nicht geltend gemacht worden wäre, liegt dann besonders nahe, wenn die Geltendmachung für den Unterhaltsverpflichteten aus moralischen oder wirtschaftlichen Gründen unzumutbar erscheint, etwa bei bestehender Pflichtteilsstrafklausel oder bei naheliegender Gefährdung künftigen erbrechtlichen Erwerbs. In diesen Fällen kann die Nichtgeltendmachung auch im wohlverstandenen Interesse des unterhaltsberechtigten Ehegatten liegen.¹⁸ Dies steht nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des Reichsgerichts, das

¹⁵ BGH, Urt. v. 21.04.1993 – XII ZR 248/91, NJW 1993, 1920 (Juris-Rn. 15 = S. 1921); *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 73.

¹⁶ BGH, Urt. v. 21.04.1993 – XII ZR 248/91, NJW 1993, 1920 (Juris-Rn. 15 = S. 1921). Vgl. *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 227 ff.

¹⁷ BGH, Urt. v. 07.07.1982 – IVb ZR 738/80, NJW 1982, 2771 (Juris-Rn. 18 = S. 2772); BGH, Urt. v. 08.06.1988 – IVb ZR 68/87, NJW-RR 1988, 1282 (Juris-Rn. 14 = S. 1282); *Birkenheier*, in: *jurisPK-BGB*, § 2317 Rn. 68; *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 74.

¹⁸ BGH, Urt. v. 07.07.1982 – IVb ZR 738/80, NJW 1982, 2771 (Juris-Rn. 18 = S. 2772). Vgl. auch *Frank*, FS Leipold, 983 (990) und *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 226 f.

einen ansonsten nicht leistungsfähigen Vater, der seinen minderjährigen Kindern Barunterhalt zu gewähren hatte, als verpflichtet erachtet hatte, einen ihm zustehenden Pflichtteilsanspruch geltend zu machen.¹⁹ Der Unterschied liegt darin, dass in dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs mit keinerlei Sanktion verbunden war.²⁰

Anders als für die Höhe des zu gewährenden Unterhalts, für die es auf die Umstände des konkreten Einzelfalls ankommt, ist ein bestehender Pflichtteilsanspruch für die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten regelmäßig zu berücksichtigen.²¹ Dies gilt etwa im Rahmen des § 1581 BGB und insbesondere auch im Rahmen des § 1603 BGB, der unterhaltspflichtigen Eltern gesteigerte Anforderungen an den Einsatz des eigenen Vermögens auferlegt.²²

Ist der Pflichtteilsanspruch bei der Unterhaltshöhe und bei der Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen, so wird der Pflichtteilsanspruch dem Vermögen des unterhaltsverpflichteten Pflichtteilsanspruchsinhabers fiktiv hinzugerechnet, sodass sich ein entsprechend höherer Unterhaltsanspruch ergibt und die Leistungsfähigkeit in entsprechend höherem Maße bejaht wird. Für den Pflichtteilsanspruchsinhaber stellt dies eine Obliegenheit zur Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs dar.²³ Ihn trifft jedoch keine – einklagbare – Pflicht zur tatsächlichen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs.²⁴ Macht er ihn nicht geltend – und kann wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO auch nicht in den Pflichtteilsanspruch vollstreckt werden –, so steht den Unterhaltsgläubigern keine rechtliche Möglichkeit zu Gebote, die ihnen gebührende Teilhabe am Pflichtteilsanspruch durchzusetzen.²⁵

3. Sozialrecht

Neben dem Unterhaltsrecht kann auch das Sozialrecht die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers hin zu einer Geltendmachung einschränken. Das Sozialrecht ist geprägt durch das etwa in § 2 SGB II oder in § 2 Abs. 1 SGB XII verankerte Nachrang- und Subsidiaritätsprinzip,²⁶ demzufolge ein potenzieller Leistungsbezieher zunächst sein eigenes Einkommen und Vermögen zu verwerten hat, bevor ihm Sozialleistungen gewährt werden können. Sowohl im Rahmen des Arbeitslosengeldes II nach dem SGB II als auch im Rahmen der Sozialhilfe nach dem SGB XII oder der Prozesskostenhilfe nach

¹⁹ RG, Urt. v. 19.12.1918 – IV 274/18, WarnRspr 1919, 151 (151 f.). Vgl. auch BGH, Urt. v. 07.07.1982 – IVb ZR 738/80, NJW 1982, 2771 (Juris-Rn. 20 = S. 2772).

²⁰ BGH, Urt. v. 07.07.1982 – IVb ZR 738/80, NJW 1982, 2771 (Juris-Rn. 21 = S. 2772).

²¹ Herzog, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 74.

²² BGH, Urt. v. 28.11.2012 – XII ZR 19/10, NJW 2013, 530 (Rn. 20).

²³ BGH, Urt. v. 28.11.2012 – XII ZR 19/10, NJW 2013, 530 (Rn. 22).

²⁴ BGH, Urt. v. 28.11.2012 – XII ZR 19/10, NJW 2013, 530 (Rn. 21); Reinken, in: BeckOK-BGB, § 1603 Rn. 39.

²⁵ Vgl. Viefhues, in: jurisPK-BGB, § 1603 Rn. 220 f.

²⁶ Vgl. zum sozialrechtlichen Nachrang- und Subsidiaritätsprinzip etwa Litzenburger, ZEV 2009, 278 (278); v. Proff, RNNotZ 2012, 272 (275); Müller-Allgeier, S. 81 ff., 103 f.

der ZPO und der Verfahrenskostenstundung nach § 4a InsO können sich daher Obliegenheiten zur Geltendmachung eines bestehenden Pflichtteilsanspruchs ergeben.

a) Arbeitslosengeld II

Für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II nach dem SGB II als Grundsicherung für Arbeitsuchende²⁷ ist – neben weiteren Voraussetzungen – nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 SGB II die Hilfsbedürftigkeit des Antragstellers erforderlich. Hilfsbedürftig ist nach § 9 Abs. 1 SGB II, wer seinen Lebensunterhalt nicht in ausreichender Weise aus dem zu berücksichtigenden Vermögen und Einkommen bestreiten kann und keine anderweitigen Hilfen erhält. Nach § 12 Abs. 1 SGB II sind alle verwertbaren Vermögensgegenstände zu berücksichtigen, wozu grundsätzlich auch ein bestehender Pflichtteilsanspruch zählt.²⁸ Wie alle Vermögensgegenstände ist auch ein Pflichtteilsanspruch aber nur dann zu berücksichtigen, wenn er voraussichtlich in einem Prognosezeitraum von sechs Monaten tatsächlich verwertbar ist.²⁹ An der Verwertbarkeit kann es fehlen, wenn eine „Versilberung“ des Nachlasses in diesem Zeitraum nur schwer möglich ist und der Erbe den Pflichtteilsanspruch nicht mit Barmitteln aus dem Eigenvermögen erfüllen kann. Zu verneinen ist die Verwertbarkeit auch dann, wenn die Verwaltung des Pflichtteils nach § 2338 Abs. 1 Satz 2 BGB einem Testamentsvollstrecker übertragen ist oder wenn der Erbe zu Recht nach § 2331a BGB die Stundung des Pflichtteils verlangt hat.³⁰

Von der Berücksichtigung ausgenommen sind nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB II Sachen und Rechte, soweit ihre Verwertung offensichtlich unwirtschaftlich ist oder für den Betroffenen eine besondere Härte bedeuten würde. Offensichtliche Unwirtschaftlichkeit kann im Fall eines gemeinschaftlichen Testaments nach der Einheitslösung mit Pflichtteilsstrafklausel nicht damit begründet werden, dass sich bei Geltendmachung des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden die Beteiligung am Nachlass des Letztversterbenden auf den Pflichtteil reduziert. Da sowohl der Zeitpunkt des zweiten Erbfalls als auch der Umfang des dann noch vorhandenen Vermögens gänzlich ungewiss sind, kann der Aussicht der Beteiligung am Nachlass des Letztversterbenden kein objektiver Wert zukommen.³¹ Die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs

²⁷ Bekannt auch als „ALG II“ oder als „Hartz IV“.

²⁸ BSG, Urt. v. 06.05.2010 – B 14 AS 2/09 R, ZEV 2010, 585 (Rn. 14); ebenso bereits als Vorinstanz LSG NRW, Urt. v. 24.11.2008 – L 20 AS 92/07, Breith 2009, 440 (Juris-Rn. 29 = S. 443); ferner LSG RP, Urt. v. 28.08.2012 – L 6 AS 172/11, bei Juris (Juris-Rn. 44); Klühs, ZEV 2011, 15 (15); Krauß, ErbR 2011, 162 (166).

²⁹ BSG, Urt. v. 06.05.2010 – B 14 AS 2/09 R, ZEV 2010, 585 (Rn. 16–19, 21); Klühs, ZEV 2011, 15 (15); Krauß, ErbR 2011, 162 (166).

³⁰ Klühs, ZEV 2011, 15 (16); v. Proff, ZERB 2010, 206 (206); v. Proff, RNotZ 2012, 272 (275).

³¹ BSG, Urt. v. 06.05.2010 – B 14 AS 2/09 R, ZEV 2010, 585 (Rn. 23); Krauß, ErbR 2011, 162 (166).

kann sich aber als besondere Härte erweisen,³² wenn sie den Erben zu einer Veräußerung des Familienheims zwingt oder für ihn eine sonstige unzumutbare wirtschaftliche Belastung bedeutet. Dies setzt allerdings voraus, dass sich die Geltendmachung vor dem Hintergrund außergewöhnlicher Umstände in besonderer Weise belastend auf den Familienverband auswirkt.³³ Dies ist bei einem gemeinschaftlichen Testament nach der Einheitslösung nicht zwangsläufig der Fall. Auch wenn, was an § 852 Abs. 1 ZPO deutlich wird, die Rechtsordnung die familiäre Verbundenheit zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem in besonderer Weise respektiert, muss die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch einen bedürftigen Pflichtteilsberechtigten in einem intakten Familienverband und insbesondere bei ausreichenden Barmitteln nicht als Affront empfunden werden. Dafür sind vielmehr besondere, auf eine nachhaltige Störung des Familienfriedens hindeutende Umstände erforderlich, wofür die bloße Existenz einer Pflichtteilsstrafklausel nicht ausreicht.³⁴ In der Literatur werden diese Anforderungen teilweise für überzogen gehalten und es wird jedenfalls bei der Kombination aus gemeinschaftlichem Testament nach der Einheitslösung und Pflichtteilsstrafklausel für die Vermutung einer nachhaltigen Störung des Familienfriedens und damit die Bejahung einer besonderen Härte plädiert, zumal der Aussicht auf die unmittelbare Teilhabe am Nachlass des Letztversterbenden ja auch ideeller Wert zukommen könne.³⁵

Ist ein bestehender Pflichtteilsanspruch nach diesen Vorgaben zu berücksichtigen, so ist die Rechtsfolge der Berücksichtigung in § 12 SGB II nicht ausdrücklich geregelt. Aus der Zusammenschau mit § 9 Abs. 1 SGB II ergibt sich aber, dass zu berücksichtigendes Vermögen die Hilfsbedürftigkeit und damit den Anspruch auf Arbeitslosengeld II mindert oder ganz ausschließt.³⁶ Im Rahmen des Arbeitslosengeldes II ist also ein Pflichtteilsanspruchsinhaber, dem die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs obliegt, so zu behandeln, wie wenn er seinen Pflichtteilsanspruch geltend gemacht hat.

b) Sozialhilfe

In ähnlicher Weise folgt auch aus den Regelungen über die Sozialhilfe nach dem SGB XII eine Obliegenheit zur Geltendmachung eines bestehenden Pflichtteilsanspruchs. Zum Bezug von Sozialhilfe ist nach § 19 Abs. 1 SGB XII nur berechtigt, wer seinen notwendigen Lebensunterhalt in ausreichender Weise nicht aus eigenen Kräften und Mitteln, insbesondere aus eigenem Einkommen und Vermö-

³² Ausführlich dazu *Krauß*, ErbR 2011, 162 (166).

³³ BSG, Urt. v. 06.05.2010 – B 14 AS 2/09 R, ZEV 2010, 585 (Rn. 27, 30–32); *Reimann*, in: jurisPK-BGB, § 2269 Rn. 100.

³⁴ BSG, Urt. v. 06.05.2010 – B 14 AS 2/09 R, ZEV 2010, 585 (Rn. 28 f.); LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 23.02.2011 – L 13 AS 155/08, FEVS 63, 33 (Juris-Rn. 47 = S. 42); *Krauß*, ErbR 2011, 162 (166).

³⁵ *Klühs*, ZEV 2011, 15 (16).

³⁶ *Mecke*, in: Eicher, § 12 Rn. 136.

gen, bestreiten kann. Nach § 90 Abs. 1 SGB XII ist hierfür das gesamte verwertbare Vermögen heranzuziehen. Nicht zu berücksichtigen sind Vermögenswerte gemäß § 90 Abs. 3 Satz 1 SGB XII nur dann, wenn ihr Einsatz für den Vermögensinhaber und seine unterhaltsberechtigten Angehörigen eine Härte darstellen würde.

Trotz der Unterschiede in der Formulierung gelten für die Berücksichtigung von Vermögen im Rahmen des § 90 SGB XII die zu § 12 SGB II entwickelten Grundsätze.³⁷ Auch bei der Gewährung von Sozialhilfe kann ein Pflichtteilsanspruchsinhaber also so zu behandeln sein, wie wenn er seinen Pflichtteilsanspruch geltend gemacht hat.

c) Prozesskostenhilfe

Wiederum vergleichbar ist schließlich die Situation bei der Gewährung von Prozesskostenhilfe nach der ZPO. Gemäß § 115 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 90 SGB XII ist vor der Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe das eigene Vermögen im zumutbaren Umfang einzusetzen. Grundsätzlich fällt darunter auch die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs.³⁸ Unzumutbar kann diese aber etwa dann sein, wenn der Erbe durch die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs zur Veräußerung des Familienhofs oder -heims gezwungen würde³⁹ oder wenn die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs – insbesondere wegen einer Pflichtteilsstrafklausel – zu materiellen Nachteilen für ihn führen würde.⁴⁰

Für die Stundung der Kosten des Insolvenzverfahrens bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung nach § 4a Abs. 1 Satz 1 InsO werden teilweise die zur Prozesskostenhilfe entwickelten Grundsätze herangezogen.⁴¹ Teilweise wird aber auch ein strengerer Maßstab vertreten.⁴² Da nämlich mit dem Stundungsmodell nicht nur die öffentlichen Haushalte geschont werden sollten, sondern da davon zugleich die Signalwirkung ausgehen sollte, dass die Restschuldbefreiung nur aufgrund erheblicher eigener Anstrengungen zu erlangen sei und dass es keine Entschuldung zum Nulltarif geben könne,⁴³ sei in diesem Zusammen-

³⁷ Dutta, AcP 209 [2009], 760 (790); v. Proff, RNotZ 2012, 272 (275); Wahrendorf, in: Grube/Wahrendorf, § 90 Rn. 4.

³⁸ BFH, Beschl. v. 19.03.1990 – IV B 1/89, BFH/NV 1991, 181 (Juris-Rn. 11 = S. 182); OLG Bremen, Beschl. v. 17.04.2008 – 5 WF 13/08, ErbR 2009, 65 (Juris-Rn. 6 = S. 65 f.); generell gegen die Berücksichtigung noch nicht geltend gemachter Pflichtteilsansprüche im Rahmen der Prozesskostenhilfe Meller-Hannich, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 24.

³⁹ BFH, Beschl. v. 19.03.1990 – IV B 1/89, BFH/NV 1991, 181 (Juris-Rn. 11 = S. 182); OLG Bremen, Beschl. v. 17.04.2008 – 5 WF 13/08, ErbR 2009, 65 (Juris-Rn. 7 = S. 66).

⁴⁰ OLG Bremen, Beschl. v. 17.04.2008 – 5 WF 13/08, ErbR 2009, 65 (Juris-Rn. 8 = S. 66).

⁴¹ LG Aschaffenburg, Beschl. v. 03.01.2003 – 5 T 260/02, ZInsO 2003, 236 (237). Konsequenz auch insofern gegen die Berücksichtigung noch nicht geltend gemachter Pflichtteilsansprüche Meller-Hannich, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 24.

⁴² Vgl. etwa LG Frankenthal, Beschl. v. 23.03.2010 – 1 T 8/10, NZI 2010, 532 (Juris-Rn. 10 = S. 532).

⁴³ Vgl. zu dieser Signalwirkung Mock, in: Uhlenbruck, § 4a Rn. 6 f.

hang grundsätzlich jeder Pflichtteilsanspruch – unabhängig von dem Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers zur Geltendmachung – mit seinem vollen Wert zu berücksichtigen.⁴⁴ Dies gelte ungeachtet eines bereits gegenüber dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs erklärten Verzichts des Pflichtteilsanspruchsinhabers auf seinen Pflichtteilsanspruch.⁴⁵ Mangelnde Werthaltigkeit oder Realisierbarkeit des Pflichtteilsanspruchs sei vom Pflichtteilsanspruchsinhaber darzulegen und glaubhaft zu machen.⁴⁶

III. Überleitung und Übergang auf Sozialleistungsträger

Die dargestellten Obliegenheiten zur (Nicht-)Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs, die sich aus einer Pflichtteilsstrafklausel, dem Unterhaltsrecht oder dem Sozialrecht ergeben können, schränken die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers insofern ein, als die Nichtgeltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs unmittelbar rechtliche und wirtschaftliche Nachteile für ihn mit sich bringt. Einklagbare und durchsetzbare Pflichten stellen sie jedoch nicht dar.

Weitergehende Einschränkungen der Entscheidungsfreiheit liegen vor, wenn dem Pflichtteilsanspruchsinhaber der Pflichtteilsanspruch und die Befugnis zu seiner Geltendmachung durch Verwaltungsakt oder Gesetz entzogen und auf einen Sozialleistungsträger übertragen werden. Solche Regelungen sind im Recht der Sozialhilfe und des Arbeitslosengeldes II zu finden.

1. Sozialhilfe

Hat ein Sozialhilfeträger Leistungen gewährt, so hat er ein Interesse daran, auf Ansprüche zurückzugreifen, die dem Leistungsempfänger gegen Dritte zustehen. Dem trägt § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII dadurch Rechnung, dass er dem Sozialhilfeträger die Befugnis einräumt, in solch einem Fall gegenüber dem Dritten durch schriftliche Anzeige, die einen Verwaltungsakt darstellt, den Anspruch des Leistungsempfängers auf sich überzuleiten. Eingeschränkt ist diese Befugnis dadurch, dass es sich um einen Anspruch handeln muss „für die Zeit, für die Leistungen erbracht werden“ (Gleichzeitigkeitsprinzip).⁴⁷ Die danach erforderliche zeitliche Kongruenz besteht dann, wenn der Anspruch fällig wird, während Leistungen bezogen werden. Darüber hinaus sind aber auch vor Beginn der Gewährung von Sozialleistungen fällig gewordene Ansprüche erfasst, sofern sie bei

⁴⁴ LG Koblenz, Beschl. v. 07.05.2004 – 2 T 330/04, NZI 2004, 515 (515); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (181); *Andres*, in: Andres/Leithaus, § 4a Rn. 12; *Buck*, in: Braun, § 4a Rn. 10; *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 157. An diesem strengen Maßstab zweifelnd *A. Schmidt*, § 8 Rn. 15.

⁴⁵ LG Koblenz, Beschl. v. 07.05.2004 – 2 T 330/04, NZI 2004, 515 (515); *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 157.

⁴⁶ LG Koblenz, Beschl. v. 07.05.2004 – 2 T 330/04, NZI 2004, 515 (515).

⁴⁷ *Grziwotz*, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, § 2317 Rn. 31.

Leistungsgewährung noch nicht erfüllt sind.⁴⁸ Nach § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII ist der Übergang nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden kann.

a) Anwendbarkeit der Überleitungsbefugnis auf Pflichtteilsansprüche

Grundsätzlich ist von dieser Überleitungsbefugnis auch ein dem Sozialhilfeempfänger zustehender Pflichtteilsanspruch umfasst. Klar ist dabei, dass nach der Überleitung eines Pflichtteilsanspruchs auch der korrespondierende Auskunftsanspruch aus § 2314 BGB dem Sozialhilfeträger zusteht.⁴⁹ Weitgehende Einigkeit besteht ferner in der Frage, ob die Überleitungsbefugnis auch das Ausschlagungsrecht umfasst, wenn der Pflichtteilsanspruch nach § 2306 BGB erst durch Ausschlagung entsteht. Hatte der BGH diese Frage zunächst offengelassen,⁵⁰ verneint er sie mittlerweile mit der herrschenden Meinung, welche die Höchstpersönlichkeit des Ausschlagungsrechts und dessen Charakter als Gestaltungsrecht im Gegensatz zu einem Anspruch hervorhebt.⁵¹ Zu § 2307 Abs. 1 Satz 1 BGB wird teilweise vertreten, dass das Ausschlagungsrecht des pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmers dann auf den Sozialleistungsträger mit übergehe, wenn dieser den entsprechenden Pflichtteils- und den Vermächtnisanspruch auf sich überleite.⁵² Ganz überwiegend wird aber auch beim Vermächtnis ein Übergang des Ausschlagungsrechts abgelehnt.⁵³

b) Überleitung und Geltendmachung ohne oder gegen den Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers

Umstritten ist, ob der Sozialhilfeträger einen Pflichtteilsanspruch auch ohne oder gegen den Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers auf sich überleiten und geltend machen kann.

⁴⁸ BVerwG, Urt. v. 28.10.1999 – 5 C 28/98, BVerwGE 110, 5 (Juris-Rn. 11 = S. 8 f.); v. *Koppenfels-Spies*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, § 93 SGB XII Rn. 5; *Wahrendorf*, in: Grube/Wahrendorf, § 93 Rn. 20.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 14.06.1995 – IV ZR 212/94, NJW 1995, 2287 (Juris-Rn. 15 = S. 2288); OLG Hamm, Urt. v. 25.10.2011 – 10 U 36/11, bei Juris (Juris-Rn. 43); OLG Hamm, Urt. v. 28.02.2013 – 10 U 71/12, NJW-RR 2013, 779 (Juris-Rn. 46 = S. 780); *Horn*, in: MAH Erbrecht, § 29 Rn. 60.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 20.10.1993 – IV ZR 231/92, BGHZ 123, 368 (Juris-Rn. 29 = S. 378 f.); BGH, Urt. v. 08.12.2004 – IV ZR 223/03, ZEV 2005, 117 (Juris-Rn. 13 = S. 118).

⁵¹ BGH, Urt. v. 19.01.2011 – IV ZR 7/10, BGHZ 188, 96 (Rn. 30); v. *d. Loo*, ZEV 2006, 473 (476 f.); *Engelmann*, S. 43–48; *Firsching/Graf*, Rn. 1.439; *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 176; *Horn*, in: MAH Erbrecht, § 29 Rn. 59; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 7; kritisch zu letzterem Argument mit dem Hinweis, dass es sich hierbei eher um ein technisches denn um ein substanzielles Problem handele, *Frank*, FS Leipold, 983 (989).

⁵² v. *d. Loo*, ZEV 2006, 473 (477 f.).

⁵³ *Muscheler*, ZEV 2005, 119 (119); *Engelmann*, S. 43–48; *Mayer*, in: Mayer u. a., § 3 Rn. 128; *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 17; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 7.

aa) Rechtsprechung

In der Rechtsprechung wurde zunächst vertreten, dass die Regelung des § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII (damals: § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG) zwar grundsätzlich eine Überleitung und Geltendmachung durch den Sozialhilfeträger auch gegen den Willen des Pflichtteilsberechtigten erlaube.⁵⁴ Bestehe jedoch bei einem gemeinschaftlichen Testament nach der Einheitslösung eine Pflichtteilsstrafklausel, sei diese in der Regel so auszulegen, dass sie auch bei Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch einen Sozialhilfeträger greife.⁵⁵ In solch einem Fall komme die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Erstversterbenden wirtschaftlich der Ausschlagung der Erbschaft nach dem Letztversterbenden gleich. Da das höchstpersönliche Ausschlagungsrecht aber keinesfalls übergeleitet werden könne, sei es jedenfalls bei einem gemeinschaftlichen Testament nach der Einheitslösung mit Pflichtteilsstrafklausel dem Sozialhilfeträger verwehrt, gegen den Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers einen Pflichtteilsanspruch nach dem Erstversterbenden geltend zu machen.⁵⁶ Dies gelte auch dann, wenn der Sozialhilfeträger von der zweiten Erbschaft wegen der Anordnung der Testamentsvollstreckung ohnehin nicht profitieren könne.⁵⁷ Teilweise war die Rechtsprechung auch weitergehend der Ansicht, dass generell bei jeder Überleitung eines Pflichtteilsanspruchs auf einen Sozialhilfeträger die Entscheidungsbefugnis über die Geltendmachung des übergeleiteten Pflichtteilsanspruchs beim Pflichtteilsberechtigten bzw. dessen Betreuer verbleibe.⁵⁸

Dem ist die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung entgegengetreten, die eine Überleitungs- und Geltendmachungsbefugnis des Sozialhilfeträgers stets auch ohne oder gegen den Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers bejaht. Die Spezialität der Überleitungsvorschrift gegenüber § 852 Abs. 1 ZPO folge aus dem Wortlaut des heutigen § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII, der andernfalls keinen eigenen Sinn habe.⁵⁹ An die vor der Überleitung getroffene Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten, seinen Pflichtteilsanspruch nicht geltend zu machen, sei der Sozialhilfeträger nicht gebunden.⁶⁰ Dass das Ausschlagungsrecht in den Fällen des § 2306 BGB nach der herrschenden Meinung nicht übergeleitet werden

⁵⁴ OLG Frankfurt, Urt. v. 07.10.2003 – 14 U 233/02, ZEV 2004, 24 (Juris-Rn. 20 = S. 24).

⁵⁵ OLG Frankfurt, Urt. v. 07.10.2003 – 14 U 233/02, ZEV 2004, 24 (Juris-Rn. 22 = S. 25).

⁵⁶ OLG Frankfurt, Urt. v. 07.10.2003 – 14 U 233/02, ZEV 2004, 24 (Juris-Rn. 24 = S. 25 f.).

⁵⁷ OLG Frankfurt, Urt. v. 07.10.2003 – 14 U 233/02, ZEV 2004, 24 (Juris-Rn. 25 = S. 26).

⁵⁸ BayObLG, Beschl. v. 18.09.2003 – 3Z BR 167/03, NJW-RR 2004, 1157 (Juris-Rn. 23 = S. 1159).

⁵⁹ BGH, Urt. v. 08.12.2004 – IV ZR 223/03, ZEV 2005, 117 (Juris-Rn. 14 = S. 118) sowie als Vorinstanz dazu OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.09.2003 – 9 U 59/03, ZEV 2004, 26 (Juris-Rn. 18 = S. 26 f.); bestätigt durch BGH, Urt. v. 19.10.2005 – IV ZR 235/03, ZEV 2006, 76 (Rn. 18); v. d. Loo, ZEV 2006, 473 (477).

⁶⁰ BGH, Urt. v. 08.12.2004 – IV ZR 223/03, ZEV 2005, 117 (Juris-Rn. 15 = S. 118); OLG Hamm, Urt. v. 25.10.2011 – 10 U 36/11, bei Juris (Juris-Rn. 48); OLG Hamm, Urt. v. 28.02.2013 – 10 U 71/12, NJW-RR 2013, 779 (Juris-Rn. 46 = S. 780); v. d. Loo, ZEV 2006, 473 (476 f.).

könne, stehe dem nicht entgegen, da der Gesetzgeber für das Pflichtteilsrecht im Unterschied zum Erbrecht gerade keine Ausschlagungsmöglichkeit vorgesehen habe.⁶¹ Beim gemeinschaftlichen Testament nach der Einheitslösung sei der Pflichtteilsanspruch selbst dann überleitbar, wenn eine Pflichtteilsstrafklausel eingreife.⁶² Im Übrigen könnten entsprechende Pflichtteilsstrafklauseln häufig aber auch so auszulegen sein, dass sie den Fall der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch einen Sozialhilfeträger nicht erfassen.⁶³

bb) Literatur

In der Literatur hat diese höchstrichterliche Rechtsprechung neben weitgehender Zustimmung⁶⁴ auch Kritik erfahren. So wird argumentiert, dass die vermeintliche Spezialvorschrift des heutigen § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII schon ihrem Wortlaut nach nicht greife, da Pflichtteilsansprüche nach der Auffassung des BGH sehr wohl schon vor ihrer Geltendmachung gepfändet werden könnten.⁶⁵ Es stelle einen Wertungswiderspruch dar, wenn ein pflichtteilsberechtigter Erbe nach § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO sanktionslos die komplette Erbschaft ausschlagen könne, wohingegen ein gegenüber der Erbschaft geringerer Pflichtteilsanspruch immer dem Sozialhilfeträger zustehen solle.⁶⁶ Diese übermäßige Privilegierung der Sozialhilfeträger gegenüber anderen Gläubigern sei durch das bloße Finanzierungsinteresse des Staates nicht gerechtfertigt, verletze die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers und stehe in Konflikt mit Art. 3 Abs. 1 GG.⁶⁷ Auch die in § 852 Abs. 1 ZPO zum Ausdruck gebrachte Intention des Gesetzgebers, die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsberechtigten besonders zu schützen, spreche gegen die Befugnis zur Überleitung und Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs ohne oder gegen den Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers. Gerade der Staat habe diese Entscheidungsfreiheit zu respektieren.⁶⁸ Schließlich beruhe die Auslegung, dass eine Pflichtteilsstrafklausel bei

⁶¹ BGH, Urt. v. 08.12.2004 – IV ZR 223/03, ZEV 2005, 117 (Juris-Rn. 15 = S. 118); kritisch zu dieser Begründung *Birkenheier*, in: jurisPK-BGB, § 2317 Rn. 34.

⁶² OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.09.2003 – 9 U 59/03, ZEV 2004, 26 (Juris-Rn. 19 = S. 27).

⁶³ BGH, Urt. v. 08.12.2004 – IV ZR 223/03, ZEV 2005, 117 (Juris-Rn. 18 f. = S. 119) sowie als Vorinstanz dazu OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.09.2003 – 9 U 59/03, ZEV 2004, 26 (Juris-Rn. 18 = S. 26 f.); bestätigt durch BGH, Urt. v. 19.10.2005 – IV ZR 235/03, ZEV 2006, 76 (Rn. 22). Vgl. dazu auch OLG Hamm, Urt. v. 28.02.2013 – 10 U 71/12, NJW-RR 2013, 779 (Juris-Rn. 48 ff. = S. 780); *Krauß*, ErbR 2011, 162 (165).

⁶⁴ Etwa *Krauß*, ErbR 2011, 162 (165); *Firsching/Graf*, Rn. 1.439; *Grziwotz*, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, § 2317 Rn. 31; *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 164, 179; *Horn*, in: MAH Erbrecht, § 29 Rn. 55. Vgl. auch *Frank*, FS Leipold, 983 (988) m.w.N.

⁶⁵ *Muscheler*, ZEV 2005, 119 (120).

⁶⁶ *Muscheler*, Universalsukzession, S. 235.

⁶⁷ *Frank*, FS Leipold, 983 (988 f.); *Mayer*, in: Mayer u. a., § 3 Rn. 127; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 10.

⁶⁸ *Muscheler*, Universalsukzession, S. 235, 238; *Muscheler*, ZEV 2005, 119 (120).

Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch einen Sozialhilfeträger nicht greifen solle, auf der ungerechtfertigten Unterstellung, dass die Eltern die damit verbundene Ungleichbehandlung ihrer Kinder bei der Testamentserstellung gebilligt hätten.⁶⁹

cc) Folgerungen

Inwiefern die Kritik der Literatur⁷⁰ berechtigt ist, kann hier dahingestellt bleiben. Für die Rechtspraxis und den weiteren Fortgang dieser Arbeit ist maßgebend, dass Sozialhilfeträger nach der geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung Pflichtteilsansprüche auch ohne oder gegen den Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers auf sich überleiten und geltend machen können.

Daraus folgt, dass Überleitung und Geltendmachung auch noch nach dem Tod des Leistungsempfängers erfolgen können und dann gegen seine Erben wirken.⁷¹ Sollte der Erbe des leistungsempfangenden Pflichtteilsanspruchsinhabers zugleich der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs sein, so geht der Pflichtteilsanspruch bei bestehender Überleitbarkeit nicht durch Konfusion unter, sondern besteht im Interesse des Sozialleistungsträgers fort.⁷²

2. Arbeitslosengeld II

Im Rahmen der Gewährung von Arbeitslosengeld II enthält § 33 SGB II eine dem § 93 SGB XII vergleichbare Regelung. Ein bedeutender Unterschied liegt zwar darin, dass § 33 Abs. 1 Satz 1 SGB II einen gesetzlichen Anspruchsübergang anordnet, sodass, anders als nach § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII, die Überleitung nicht durch Verwaltungsakt zu erfolgen hat. Ansonsten aber ist das zu Überleitung und Geltendmachung bei § 93 SGB XII Ausgeführte weitgehend auf § 33 SGB II übertragbar.⁷³ Der höchstrichterlichen Rechtsprechung folgend ist § 33 Abs. 1 Satz 4 SGB II somit gleichfalls als Spezialvorschrift gegenüber § 852 Abs. 1 ZPO anzusehen, die dem Träger der Arbeitslosenhilfe eine Geltendmachung des ohnehin gesetzlich auf ihn übergegangenen Pflichtteilsanspruchs auch ohne oder gegen den Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers gestattet.

⁶⁹ Muscheler, ZEV 2005, 119 (120).

⁷⁰ Die Kritik zurückweisend Grziwotz, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, § 2317 Rn. 31. Für eine einheitliche Lösung nach Wertungsgesichtspunkten Frank, FS Leipold, 983 (989 f.).

⁷¹ OLG Hamm, Urte. v. 25.10.2011 – 10 U 36/11, bei Juris (Juris-Rn. 50 f.); so bereits zum BSHG BGH, Urte. v. 14.06.1995 – IV ZR 212/94, NJW 1995, 2287 (Juris-Rn. 11 = S. 2288) und BVerwG, Urte. v. 10.05.1990 – 5 C 63/88, BVerwGE 85, 136 (Juris-Rn. 5–7 = S. 137 f.).

⁷² BGH, Urte. v. 14.06.1995 – IV ZR 212/94, NJW 1995, 2287 (Juris-Rn. 14 f. = S. 2288); OLG Hamm, Urte. v. 25.10.2011 – 10 U 36/11, bei Juris (Juris-Rn. 52). Vgl. zu anderweitigen Einschränkungen der Beachtlichkeit der Konfusion bereits oben unter § 1.VIII.1. (S. 26).

⁷³ Vgl. Krauß, ErbR 2011, 162 (165); Link, in: Eicher, § 33 Rn. 11.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass ein Pflichtteilsanspruchsinhaber grundsätzlich frei darüber entscheiden kann, ob er seinen Anspruch geltend machen möchte oder nicht. Dafür, ihn nicht geltend zu machen, mögen verschiedenartige Gründe sprechen, deren Bewertung der Rechtsordnung nicht zusteht.

Eine bedeutende Einschränkung erfährt der Grundsatz der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers dadurch, dass in mehreren Bereichen Obliegenheiten zur (Nicht-)Geltendmachung bestehen. Macht ein Pflichtteilsanspruchsinhaber entgegen einer solchen Obliegenheit einen ihm zustehenden Pflichtteilsanspruch (nicht) geltend, so hat er unmittelbare rechtliche und wirtschaftliche Nachteile daraus zu gewärtigen. Macht er bei einem gemeinschaftlichen Testament nach der Einheitslösung trotz bestehender Pflichtteilsstrafklausel seinen Pflichtteilsanspruch nach dem Erstversterbenden geltend, wird seine Teilhabe am Nachlass des Letztversterbenden geschmälert. Ist der Pflichtteilsberechtigte unterhaltsrechtlich zur Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs gehalten und macht er den Anspruch dennoch nicht geltend, so wird, falls er unterhaltsberechtigt ist, sein Unterhaltsanspruch entsprechend gekürzt; falls er unterhaltsverpflichtet ist, wird sein Pflichtteilsanspruch bei Bestimmung des von ihm zu leistenden Unterhalts sowie bei Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit berücksichtigt. Beantragt der Pflichtteilsanspruchsinhaber Arbeitslosengeld II, Sozialhilfe oder Prozesskostenhilfe und besteht eine sozialrechtliche Obliegenheit zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs, wird die jeweilige Sozialleistung nur so gewährt, wie wenn er seinen Pflichtteilsanspruch geltend gemacht hat.

Neben diese Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers durch (Nicht-)Geltendmachungsobliegenheiten tritt der völlige Entzug der Entscheidungsfreiheit, wenn der Pflichtteilsanspruch nach sozialrechtlichen Vorschriften auf einen Sozialleistungsträger übergeht. Im Rahmen der Sozialhilfe wird der Übergang bewirkt, indem der Sozialhilfeträger den Pflichtteilsanspruch des Leistungsempfängers durch Verwaltungsakt auf sich überleitet. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der herrschenden Ansicht in der Literatur können die Überleitung und die anschließende Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs dabei auch ohne oder gegen den Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers erfolgen. Bezieht der Pflichtteilsanspruchsinhaber Arbeitslosengeld II, so geht – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – der Pflichtteilsanspruch von Gesetzes wegen auf den Sozialleistungsträger über und kann freilich auch dann ohne oder gegen den Willen des ursprünglichen Pflichtteilsanspruchsinhabers geltend gemacht werden.

Zweiter Teil:

Der Pflichtteilsanspruch in der Zwangsvollstreckung

Der vorstehend nach seinen Merkmalen skizzierte Pflichtteilsanspruch wirft besondere Probleme auf, wenn der Grundsatz der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Anspruchs und das Interesse der Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers, auf diesen Anspruch zuzugreifen, aufeinandertreffen. Dies ist sowohl in der (Einzel-)Zwangsvollstreckung als auch in der Gesamt(zwangs)vollstreckung – also der Insolvenz – der Fall. Im vorliegenden Teil soll daher nun der Pflichtteilsanspruch in der (Einzel-)Zwangsvollstreckung beleuchtet werden, die – dem eingebürgerten Sprachgebrauch entsprechend – verkürzend als „Zwangsvollstreckung“ bezeichnet wird; die Behandlung des Pflichtteilsanspruchs in der Insolvenz des Pflichtteilsanspruchsinhabers wird dann Gegenstand des dritten Teils dieser Arbeit sein.

Was die Zwangsvollstreckung in diesem engeren Sinn angeht, interessiert hier nicht die Zwangsvollstreckung *aus* dem Pflichtteilsanspruch, die den allgemeinen Regeln folgt. Zu richten ist das Augenmerk vielmehr auf die Zwangsvollstreckung *in* den Pflichtteilsanspruch und die spezifische Lösung, die der Gesetzgeber hierfür in der ZPO vorgesehen hat. Ergänzend ist im Anschluss auf die Gläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz und auf die Aufrechnung als zwei der Zwangsvollstreckung in Teilen verwandte Rechtsinstitute einzugehen.

Näher zu beleuchten ist somit die Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch aufgrund einer Geldforderung gegen den Pflichtteilsanspruchsinhaber. Es geht also um die Zwangsvollstreckung durch einen Vollstreckungsgläubiger, dem gegen den Pflichtteilsanspruchsinhaber als Vollstreckungsschuldner eine Geldforderung zusteht. Das Objekt der Vollstreckung bildet der Pflichtteilsanspruch des Vollstreckungsschuldners. Drittschuldner dieses Pflichtteilsanspruchs ist im Fall des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs stets der Erbe. Soll in einen Pflichtteilsergänzungsanspruch vollstreckt werden, ist zu differenzieren: Während der Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2325 Abs. 1 BGB ebenfalls gegen den Erben gerichtet ist, ist Drittschuldner des Pflichtteilsergänzungsanspruchs aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB der Beschenkte.¹

Damit in den Pflichtteilsanspruch vollstreckt werden kann, müssen die für jede Zwangsvollstreckung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sein. Diese sind

¹ Vgl. zum jeweiligen Schuldner der unterschiedlichen Pflichtteilsansprüche oben unter § 1.IV. (S. 20).

in Buch 8 (Zwangsvollstreckung), Abschnitt 1 (Allgemeine Vorschriften) der ZPO geregelt. Insbesondere richtet sich der konkrete Ablauf der Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch nach dessen Abschnitt 2 (Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen), Titel 2 (Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen), Untertitel 3 (Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte), also nach § 828 – § 863 ZPO. Dabei ist zu beachten, dass § 828 – § 856 ZPO unmittelbar nur auf die Zwangsvollstreckung in Geldforderungen Anwendung finden; soll in ein anderes Vermögensrecht vollstreckt werden, gelten diese Regelungen nach § 857 Abs. 1 ZPO lediglich entsprechend. Zur Rechtsnatur der einzelnen Varianten des Pflichtteilsanspruchs wurde gezeigt,² dass es sich bei dem gegen den Erben gerichteten ordentlichen Pflichtteilsanspruch und bei dem ebenfalls gegen den Erben gerichteten Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2325 Abs. 1 BGB jeweils um eine einfache Geldforderung handelt. Für die Vollstreckung in einen solchen Pflichtteilsanspruch sind § 828 – § 856 ZPO also unmittelbar anwendbar. Der gegen den Beschenkten gerichtete Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB hingegen hat sich bei näherer Betrachtung nicht als Geldforderung, sondern als Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den geschenkten Gegenstand erwiesen.³ Der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung stellt keine Geldforderung, sondern ein anderes Vermögensrecht im Sinne des § 857 Abs. 1 ZPO dar.⁴ Soll in einen Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB vollstreckt werden, sind nach § 857 Abs. 1 ZPO die Regelungen der § 828 – § 856 ZPO somit nur entsprechend anzuwenden.⁵ Indes hat die lediglich entsprechende Anwendung kaum Auswirkungen, sodass im weiteren Fortgang der Arbeit – sofern nicht ausdrücklich anders angegeben – nicht zwischen der Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch als Geldforderung und der Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch als anderes Vermögensrecht unterschieden zu werden braucht.

² Oben unter § 1.V.1. (S. 21).

³ Vgl. oben unter § 1.V.2. (S. 22). Sofern in den dort dargestellten Fällen vom Beschenkten ausnahmsweise doch Zahlung verlangt werden kann, handelt es sich freilich ebenfalls um eine einfache Geldforderung, die unmittelbar den § 828 – § 856 ZPO unterfällt.

⁴ Vgl. zum Begriff des anderen Vermögensrechts in § 857 Abs. 1 ZPO *Lackmann*, Rn. 294–296; *R. Koch*, in: *Kindl/Meller-Hannich/Wolf*, § 857 Rn. 2–5; *Smid*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 857 Rn. 7–11.

⁵ Dass *Stöber*, Rn. 273 Fn. 21 demgegenüber §§ 846 ff. BGB für einschlägig erachtet, beruht darauf, dass er den Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB – unzutreffenderweise – als Herausgabeanspruch versteht.

§ 4 Die Einschränkung der Zwangsvollstreckung durch § 852 Abs. 1 ZPO

Erhebliche Einschränkungen und Modifikationen erfahren diese allgemeinen Zwangsvollstreckungsregelungen der ZPO durch die Vorschrift des § 852 Abs. 1 ZPO, nach welcher der Pflichtteilsanspruch der Pfändung nur unterworfen ist, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Anhand der einzelnen Bestandteile dieser Vorschrift („Der Pflichtteilsanspruch“, „der Pfändung nur unterworfen“ und „durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden“) sind deren Anwendungsbereich, die Zulässigkeit, die Gebotenheit und die Auswirkungen einer einschränkenden Auslegung der Rechtsfolgen und die Voraussetzungen für ein Eingreifen der Vorschrift im Detail zu beleuchten. Zuvor sind jedoch die Entstehungsgeschichte und der Zweck der Vorschrift herauszuarbeiten.

1. Entstehungsgeschichte des § 852 Abs. 1 ZPO

Im Vorfeld der Entstehung des BGB waren zunächst in § 266 des Vorentwurfs zum Erbrecht die uneingeschränkte Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs und dessen uneingeschränkte Zugehörigkeit zur Konkursmasse vorgesehen.⁶ Auch § 1944 Abs. 2 eines Entwurfs von 1887 enthielt eine ähnliche Regelung.⁷

1. Erste Kommission

In dem 1888 in amtlicher Ausgabe veröffentlichten Entwurf erster Lesung für das BGB der Ersten Kommission aus dem Jahr 1887 war dann jedoch als § 1892 BGB die folgende Regelung in Aussicht genommen:⁸

(1) Der Pflichtteilsanspruch kommt für den Pflichtteilsberechtigten kraft des Gesetzes zur Entstehung mit dem Erbfolge.

(2) ¹Der Pflichtteilsanspruch ist vererblich und übertragbar. ²Der Anspruch ist der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung gegen den Pflichtteilsberechtigten nur dann unterworfen, wenn er von dem Pflichtteilsberechtigten bereits, gerichtlich oder aussergerichtlich, geltend gemacht ist; er gehört im Falle des Konkurses über das Vermögen des Pflichtteilsberechtigten nur unter der gleichen Voraussetzung zur Konkursmasse.

⁶ Schubert, Erbrecht – Teil 1, S. 55, 809; Frank, FS Leipold, 983 (985).

⁷ Schubert, Anlagen, S. 576. Vgl. auch BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 14 = S. 187–189).

⁸ Mugdan, S. LVI. Vgl. auch Schubert, Anlagen, S. 1238; Muscheler, Universalsukzession, S. 204.

Zu den Gründen, die Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger auf den Pflichtteilsanspruch in Abs. 2 Satz 2 dieser Regelung einzuschränken, heißt es in den Motiven:

„Würde der Anspruch für unbeschränkt pfändbar erklärt, so würde unter Umständen der Berechtigte mittelbar gezwungen, seinen Anspruch geltend zu machen. Dies kann sich unter Umständen als eine unbillige Härte gegen den Berechtigten erweisen. Denn es sind sehr wohl Fälle denkbar, in welchen der Berechtigte aus aner kennenswerten Beweggründen das Pflichtteilsrecht nicht geltend machen will. Insbes. kann der Anspruch aus Gründen hinfällig sein, deren Erörterung den Berechtigten und dessen Familie schwer benachteiligen würde. Zudem ist der Erwerb des Anspruches kraft Gesetzes mit Eintritt des Erb falles nicht im Interesse der Gläubiger des Berechtigten vorgeschrieben, sondern nur im Interesse des Berechtigten. Daß einem Schuldner mit Rücksicht auf sein eventuelles Pflichtteilsrecht Kredit gewährt werde, verdient nicht begünstigt zu werden; ein solcher Kredit ist erfahrungsgemäß nicht selten ein für den Schuldner verderblicher.“⁹

Ferner war die Erste Kommission der Meinung, dass die Pfändbarkeit und die Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Konkursmasse in gleicher Weise eingeschränkt werden sollten; Voraussetzung für beide Fälle sollte die gerichtliche oder außergerichtliche Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber sein. In den Motiven ist dazu ausgeführt:

„Wird aber die Pfändung der Beschränkung unterworfen, daß sie im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung gegen den Pflichtteilsberechtigten nur dann zulässig ist, wenn der Anspruch bereits vom Berechtigten, gerichtlich oder außergerichtlich, geltend gemacht ist, so muß die Zurechnung des Anspruches zur Konkursmasse im Falle des Konkurses über das Vermögen des Berechtigten derselben Beschränkung unterliegen. Es muß jedoch, wie in den Fällen der §§ 2118, 2127, genügen, daß der Anspruch auch nur außergerichtlich geltend gemacht ist.“¹⁰

2. Zweite Kommission

Bei den anschließenden Beratungen der Zweiten Kommission wurde erwogen, neben der Pfändbarkeit und der Massezugehörigkeit auch die Übertragbarkeit des Pflichtteilsanspruchs einzuschränken. Dieser Vorschlag wurde aber mit der folgenden Begründung abgelehnt:

„Es sprächen indessen überwiegende Gründe dafür, die Uebertragung unbeschränkt zuzulassen. Denn das persönliche Verhältnis des Pflichtteilsberechtigten zum Erblasser gebe nur den Entstehungsgrund des Pflichtteilsrechtes ab. Nach dessen Entstehung sei die individuelle Natur des Pflichtteilsrechtes höchstens nach der Richtung von Bedeutung, daß der Berechtigte sich aus persönlichen Rücksichten veranlaßt sehen könnte, sein Recht nicht geltend zu machen. Diese Bedeutung der individuellen Natur des Pflichtteilsrechtes erledige sich aber, wenn der Pflichtteilsberechtigte durch die Uebertragung seines Rechtes auf einen Anderen bereits zu erkennen gegeben habe, daß er die Geltendmachung wolle oder jedenfalls mit der Geltendmachung einverstanden sei. Die bloße Gefahr, daß von der Uebertragung des Pflichtteilsan-

⁹ *Mugdan*, S. 222 (Motive).

¹⁰ *Mugdan*, S. 222 (Motive).

spruches zum Zwecke wucherischer Manipulationen Gebrauch gemacht werden könne, dürfe diesen Erwägungen gegenüber nicht ausschlaggebend sein.“¹¹

Abgelehnt wurde von der Zweiten Kommission allerdings auch der entgegengesetzte Vorschlag, aus der unbeschränkten Übertragbarkeit des Pflichtteilsanspruchs durch Streichung des Abs. 2 Satz 2 die Konsequenz zu ziehen, dass auch die Pfändung unbeschränkt möglich sein müsse.

„Die Mehrheit war der Meinung, dieses Ergebnis sei keineswegs konsequent. Die individuelle Natur des Pflichtteilsrechtes dokumentiere sich darin, daß es von dem Willen oder wenigstens von dem Einverständnis des Pflichtteilsberechtigten abhängt, ob der Pflichtteilsanspruch ausgeübt werden solle. Uebertrage er seinen Anspruch, so erkläre er sich mit der Ausübung desselben einverstanden. Für die Zulassung der Ausübung im Wege der Pfändung bedürfe es noch des Zutrittes besonderer Thatumstände, aus denen auf den Willen des Berechtigten, von dem Pflichtteilsrechte Gebrauch machen zu wollen, mit Sicherheit geschlossen werden könne.“¹²

Hinsichtlich dieser „besonderen Thatumstände“, deren Vorliegen Voraussetzung für die Pfändbarkeit und die Massezugehörigkeit sein sollte, hat die Zweite Kommission eine bedeutsame Änderung vorgenommen. So war anstelle der im Entwurf erster Lesung des § 1992 Abs. 2 Satz 2 BGB verankerten gerichtlichen oder außergerichtlichen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber aus Gründen der Rechtssicherheit die Feststellung des Pflichtteilsanspruchs durch rechtskräftiges Urteil oder durch Anerkennung erwogen worden. Zustimmung gefunden hat schließlich aber die Fassung, nach welcher die Pfändbarkeit und die Massezugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs von dessen Rechtshängigkeit oder Anerkennung durch Vertrag abhängen sollten.¹³

3. Heutige Fassung

Rechtstechnisch wurde diese Regelung dann jedoch nicht in das BGB selbst aufgenommen. Vielmehr wurde sie hinsichtlich der Pfändbarkeit für die (Einzel-)Zwangsvollstreckung im Rahmen des „Gesetzes betreffend Änderungen der Civilprozeßordnung“ vom 17. Mai 1898 als § 749b Abs. 1 verabschiedet.¹⁴ Hinsichtlich der Massezugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs im Konkursverfahren sollte die entsprechende Beschränkung in einem neuen § 1b der Konkursordnung (KO) verankert werden;¹⁵ vor Verabschiedung wurde diese Vorschrift jedoch wieder gestrichen, da die Frage der Massezugehörigkeit des Pflichtteils-

¹¹ *Mugdan*, S. 784 (Protokolle).

¹² *Mugdan*, S. 784 (Protokolle).

¹³ *Mugdan*, S. 784 (Protokolle); *Achilles/Gebhard/Spahn*, Bd. V, S. 525–527. Vgl. auch *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 204 f.

¹⁴ *RGBl.* 1898, 256 (310); noch vorgesehen als § 749d CPO in *Achilles/Gebhard/Spahn*, Bd. VI, S. 726.

¹⁵ *Achilles/Gebhard/Spahn*, Bd. VI, S. 753 ff.

anspruchs „für die Wissenschaft offen bleiben“ sollte.¹⁶ In der Gesetzesbegründung zu § 749b CPO heißt es:

„Das Pflichttheilsrecht begründet nach dem BGB. (§ 1967 Abs. 2, § 2303 Abs. 1) nur eine Forderung auf eine Geldsumme; der Anspruch ist vererblich und übertragbar (§ 2317 Abs. 2). Gemäß § 749a Abs. 1 des Entwurfs [heute: § 851 Abs. 1 ZPO] wäre daher in Ermangelung einer besonderen Bestimmung der Pflichttheilsanspruch wie jede andere Forderung der Pfändung unterworfen. Dem Wesen dieses Rechts und dem Verhältnisse der Erben zum Berechtigten widerstreitet es jedoch, wenn der Pflichttheilsanspruch gegen den Willen des letzteren geltend gemacht wird. Der Entwurf (§ 749b Abs. 1) läßt daher die Pfändung des Pflichttheilsanspruchs nur zu, falls dieser durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. In diesen Fällen hat der Berechtigte durch die gerichtliche oder außergerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zu erkennen gegeben, daß er von seinem Rechte Gebrauch machen will (vgl. § 847 Abs. 1 Satz 2, § 1300 Abs. 2 BGB).“¹⁷

Nach Bekanntmachung vom 25. Mai 1898 trat die als § 749b CPO verabschiedete Vorschrift als § 852 Abs. 1 ZPO¹⁸ zeitgleich mit dem BGB¹⁹ zum 1. Januar 1900²⁰ in Kraft und hat bis heute keinerlei inhaltliche²¹ Änderung mehr erfahren.²²

II. Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO

Wie aus den zitierten Passagen klar hervorgeht, liegt der Beschränkung der Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs und damit insgesamt der Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch der gesetzgeberische Wille zugrunde, die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gegen oder zumindest ohne den Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers zu verhindern.²³

Auch heute noch wird der Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO darin gesehen, die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsberechtigten gegenüber seinen Gläubigern zu schützen; gegen oder ohne seinen Willen soll der Pflichtteilsanspruch nicht geltend gemacht werden können. Auch wenn der Pflichtteilsanspruch selbst nicht höchstpersönlicher Natur ist, greift seine Geltendmachung doch tief in

¹⁶ *Achilles/Gebhard/Spahn*, Bd. VI, S. 802. Vgl. auch *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 205 Fn. 166.

¹⁷ *Hahn/Mugdan*, S. 159 (Begründung der Novelle nur CPO).

¹⁸ RGBl. 1898, 410 (575).

¹⁹ RGBl. 1898, 332.

²⁰ RGBl. 1898, 410.

²¹ Durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz – ZPO-RG) vom 21. Juli 2001 (BGBl. 2001 I S. 1887 (Nr. 40)) hat § 852 ZPO mit Wirkung ab dem 1. Januar 2002 die amtliche Überschrift „Beschränkt pfändbare Forderungen“ erhalten. In § 852 Abs. 2 ZPO wurden mit dem Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner vom 20. November 2015 (BGBl. 2015 I S. 2010 (Nr. 46)) mit Wirkung ab dem 26. November 2015 hinter „eines Ehegatten“ die Wörter „oder Lebenspartners“ ergänzt.

²² Vgl. zur Entstehungsgeschichte des § 852 Abs. 1 ZPO auch BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 14 = S. 187–189); *Frank*, FS Leipold, 983 (985 f.); *Hannich*, S. 16 f.

²³ Vgl. bereits etwa *Hellwig*, FS v. Martitz, 157 (169).

persönliche Beziehungen ein. Die Entscheidung über die Geltendmachung soll daher dem Pflichtteilsanspruchsinhaber vorbehalten bleiben.²⁴

Macht er den Anspruch aber geltend, sollen seine Gläubiger davon profitieren. § 852 Abs. 1 ZPO hat nicht den Zweck, den Pflichtteilsanspruch den Gläubigern des Pflichtteilsanspruchsinhabers zu entziehen.²⁵ Das gilt auch, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber seinen Pflichtteilsanspruch im Wege der unentgeltlichen Verfügung geltend macht. Dafür, dass von § 852 Abs. 1 ZPO auch die Freiheit zu unentgeltlichen Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch geschützt sein sollte,²⁶ fehlen entsprechende Anhaltspunkte.

Die Tatsache, dass der Pflichtteilsanspruch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO den Gläubigern nicht haftet, ist nur notwendige Folge, nicht aber Grund der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers.²⁷ Rechtspolitisch wird die Regelung des § 852 Abs. 1 ZPO mit dem ihr zugrunde liegenden Zweck von Rechtsprechung und Literatur weitgehend kritiklos akzeptiert.²⁸ Nicht verhindern kann sie freilich Missbräuche etwa dergestalt, dass ein Pflichtteilsanspruch offiziell zwar nicht geltend gemacht wird, dass die davon profitierenden Erben den Pflichtteilsanspruchsinhaber dann aber insgeheim doch an dem eigentlich ihm zustehenden Teil der Erbmasse teilhaben lassen und ihn gleichsam „schwarz“ abfinden.²⁹

III. „Der Pflichtteilsanspruch“ – Anwendungsbereich des § 852 Abs. 1 ZPO

Einhellig wird die sachliche Reichweite des § 852 Abs. 1 ZPO dahingehend bestimmt, dass die Vorschrift alle Varianten des Pflichtteilsanspruchs erfasst,

²⁴ BGH, Urt. v. 07.07.1982 – IVb ZR 738/80, NJW 1982, 2771 (Juris-Rn. 16 = S. 2772); BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 10 = S. 186); BGH, Urt. v. 06.05.1997 – IX ZR 147/96, NJW 1997, 2384 (Juris-Rn. 7 = S. 2384); BGH, Urt. v. 05.11.2014 – IV ZR 104/14, NJW 2015, 59 (Rn. 13); BGH, Beschl. v. 11.06.2015 – IX ZB 18/13, ZIP 2015, 1595 (Rn. 9); BGH, Beschl. v. 07.04.2016 – IX ZB 69/15, ZIP 2016, 1078 (Rn. 24); OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.03.1930 – I Z B S 4/30, HRR 1930, Entscheidung 1164 (S. 2); OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.03.1999 – 7 U 143/98, FamRZ 2000, 367 (Juris-Rn. 25 = S. 368); OLG Brandenburg, Urt. v. 08.06.2011 – 13 U 108/09, ErbR 2011, 248 (Juris-Rn. 27 = S. 250); LG Hildesheim, Urt. v. 30.01.2009 – 4 O 307/08, FamRZ 2009, 1440 (Juris-Rn. 36 = S. 1441); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (173); *Hartmann*, ZNotP 2005, 82 (82); *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1769); *Zeranski*, NotBZ 2001, 19 (19, 21); *Michalski*, Rn. 505; *Stöber*, Rn. 269; *Jaeger/Henckel*, KO, § 9 Rn. 16; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 1; *Kemper*, in: Saenger, § 852 Rn. 1; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 1; *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 852 Rn. 1. Vgl. dazu bereits *Achilles/Gebhard/Spahn*, Bd. V, S. 526 f., Bd. VI, S. 754.

²⁵ *Jaeger/Henckel*, KO, § 9 Rn. 16; *Kemper*, in: Saenger, § 852 Rn. 1.

²⁶ So *Schubert*, JR 1994, 419 (420); *Jaeger/Henckel*, KO, § 9 Rn. 16.

²⁷ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 10 = S. 186).

²⁸ Vgl. *Frank*, FS Leipold, 983 (983), der selbst freilich diese „kompromisslos gläubigerfeindliche Regelung“ durchaus für kritikwürdig erachtet.

²⁹ *Frank*, FS Leipold, 983 (983 f.).

also sowohl den ordentlichen Pflichtteilsanspruch als auch die Pflichtteilsergänzungsansprüche aus § 2325 Abs. 1 BGB und aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB.³⁰

Diskutiert wird, ob die Pfändungsbeschränkung des § 852 Abs. 1 ZPO uneingeschränkt auch für Pfändungen wegen Unterhaltsansprüchen gelten soll oder ob derartige Pfändungen – wie etwa bei § 850d Abs. 1 ZPO – privilegiert behandelt werden sollten. Im Ergebnis wird jedoch auch insofern für die uneingeschränkte Anwendbarkeit des § 852 Abs. 1 ZPO plädiert: Da der Gesetzgeber spezielle Privilegierungen von Unterhaltsgläubigern gegenüber anderen Gläubigern in § 850d Abs. 1 ZPO ausdrücklich normiert, bei § 852 Abs. 1 ZPO hierauf aber verzichtet habe, liege keine unbewusste Regelungslücke vor, sodass es beim Wortlaut des § 852 Abs. 1 ZPO zu verbleiben habe.³¹ Erfasst ist zudem der Ausgleichsanspruch des von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossenen Abkömmlings nach § 1511 Abs. 2 Satz 1 BGB, auf welchen nach Satz 2 jener Vorschrift die für den Pflichtteilsanspruch geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden.³²

In zeitlicher Hinsicht ist fraglich, ob § 852 Abs. 1 ZPO auch dann noch Geltung beansprucht, wenn der Pflichtteilsanspruch mit dem Tod des ursprünglichen Pflichtteilsanspruchsinhabers nach § 2317 Abs. 2 Var. 1, § 1922 Abs. 1 BGB auf dessen Erben übergegangen ist.³³ Diese Frage wird teilweise verneint³⁴ und teilweise bejaht.³⁵ Von den Vertretern der verneinenden Ansicht wird argumentiert, dass § 852 Abs. 1 ZPO nur in der Person des (ursprünglichen) Pflichtteilsanspruchsinhabers bestehende innerfamiliäre Bindungen höher bewerte als die Interessen außenstehender Gläubiger, während eine Privilegierung auch des Erben des (ursprünglichen) Pflichtteilsanspruchsinhabers nicht beabsichtigt sei. Mit dem Tod des (ursprünglichen) Pflichtteilsanspruchsinhabers ende der Schutzzweck des § 852 Abs. 1 ZPO, sodass die Zwangsvollstreckung in einen vererbten Pflichtteilsanspruch ohne die Einschränkungen des

³⁰ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 8 = S. 184–185); LG Hildesheim, Urt. v. 30.01.2009 – 4 O 307/08, FamRZ 2009, 1440 (Juris-Rn. 36 = S. 1441); *Behr*, JurBüro 1996, 65 (65); *Hannich*, S. 24; *Ahrens*, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 3; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2; *Brehm*, in: Stein/Jonas, § 852 Rn. 1; *Mayer*, in: BeckOK-BGB, § 2329 Rn. 13; *Olshausen*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2329 Rn. 42; *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 852 Rn. 9.

³¹ BGH, Urt. v. 28.11.2012 – XII ZR 19/10, NJW 2013, 530 (Rn. 16); OLG Celle, Beschl. v. 10.05.2004 – 6 U 215/03, bei Juris (Juris-Rn. 4); *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 1; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 14; *Riedel*, in: BeckOK-ZPO, § 852 Rn. 5.

³² *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2; *Lüke*, in: Wieczorek/Schütze, § 852 Rn. 3; *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 852 Rn. 9; *Stöber*, in: Zöller, § 852 Rn. 2.

³³ Vgl. zum Übergang des Pflichtteilsanspruchs durch Verfügung unten unter § 4.V.2.b) (S. 107).

³⁴ OLG Brandenburg, Urt. v. 08.06.2011 – 13 U 108/09, ErbR 2011, 248 (Juris-Rn. 27 = S. 250).

³⁵ *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 11.

§ 852 Abs. 1 ZPO möglich sei.³⁶ Die Gegenansicht ist der Auffassung, dass § 852 Abs. 1 ZPO die Entscheidungsfreiheit über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nicht nur in der Person des ursprünglichen Pflichtteilsanspruchsinhabers zu schützen bezwecke, sondern auch die auf dessen Erbe mit übergegangene Entscheidungsfreiheit. Die geschützte Entscheidungsfreiheit werde gleichsam mit vererbt und die Einschränkungen des § 852 Abs. 1 ZPO gölten nach dem Tod des (ursprünglichen) Pflichtteilsanspruchsinhabers fort, wobei es dann auf die Entscheidung des Erben ankomme.³⁷

Da den Gesetzgebungsmaterialien zu dieser Frage kein Hinweis zu entnehmen ist, dürfte sich aus teleologischen Gründen die zuletzt genannte Ansicht als vorzugswürdig erweisen. Wer Erbe des (ursprünglichen) Pflichtteilsanspruchsinhabers wird, hängt allein von dessen Willen ab. Er hat es in der Hand, durch letztwillige Verfügung seinen Erben ausdrücklich zu bestimmen oder es bei der gesetzlichen Erbfolge zu belassen. Es liegt nahe, von dieser weitreichenden Bestimmungsbefugnis auch die Möglichkeit umfasst zu sehen, die von § 852 Abs. 1 ZPO geschützte Entscheidungsfreiheit mit zu vererben. Selbst wenn der Erbe nicht – wie regelmäßig – aus dem familiären Umfeld des (ursprünglichen) Pflichtteilsanspruchsinhabers stammen sollte, sollte die von § 852 Abs. 1 ZPO eingeräumte und geschützte Entscheidungsfreiheit des (ursprünglichen) Pflichtteilsanspruchsinhabers so verstanden werden, dass sich dieser erstens für die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs und damit für die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO entscheiden kann, dass er sich zweitens endgültig dagegen entscheiden kann³⁸ und dass er drittens diese Entscheidung zunächst noch nicht treffen und sie damit für den Fall seines Todes seinem Erben überlassen kann. Ist der Pflichtteilsanspruch als solcher nach § 2317 Abs. 2 Var. 1 BGB frei vererblich, sollte dies auch für die von § 852 Abs. 1 ZPO geschützte Entscheidungsfreiheit über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs der Fall sein.

Diese Ansicht harmoniert im Übrigen mit der erbschaftsteuerlichen Lage: Stirbt der (ursprüngliche) Pflichtteilsanspruchsinhaber vor Geltendmachung seines Anspruchs, ist zwar für den Wert des Nachlasses, für welchen der Erbe des Pflichtteilsanspruchsinhabers nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 ErbStG steuerpflichtig ist, der Pflichtteilsanspruch in jedem Fall und unabhängig von seiner Geltendmachung zu berücksichtigen. Die Steuerlast nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 ErbStG aufgrund des geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs, für welche der Erbe des Pflichtteilsberechtigten als solcher haftet, entsteht aber nur, wenn und soweit der auf den Erben übergegangene Pflichtteilsanspruch durch diesen tatsächlich geltend gemacht wird.³⁹ Insofern wird also die durch § 3 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 ErbStG

³⁶ OLG Brandenburg, Urt. v. 08.06.2011 – 13 U 108/09, ErbR 2011, 248 (Juris-Rn. 27 = S. 250).

³⁷ Meller-Hannich, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 11.

³⁸ Vgl. zum Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch unten unter § 4.V.2.a)bb)(2) (S. 100).

³⁹ Muscheler, ZEV 2001, 377 (379).

geschützte Entscheidungsfreiheit gleichsam mitvererbt, wie dies hier auch für die von § 852 Abs. 1 ZPO geschützte Entscheidungsfreiheit befürwortet wird.

Mit der Erwägung, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber die ihm durch § 852 Abs. 1 ZPO gewährte Entscheidungsfreiheit gleichsam mit vererben kann, lässt sich auch begründen, dass § 852 Abs. 1 ZPO der Geltendmachung eines vererbten Pflichtteilsanspruchs durch einen Testamentsvollstrecker nicht entgegensteht.⁴⁰ Die bewusste Anordnung der Testamentsvollstreckung durch den (ursprünglichen) Pflichtteilsanspruchsinhaber ohne Ausnahme des von Pflichtteilsansprüchen⁴¹ ist in dem Sinne zu verstehen, dass damit auch die Ausübung der Entscheidung über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs auf den Testamentsvollstrecker übertragen werden soll.

IV. „Der Pfändung nur unterworfen“ – Einschränkende Auslegung der Rechtsfolgen des § 852 Abs. 1 ZPO

Dem Wortlaut des § 852 Abs. 1 ZPO nach ist der Pflichtteilsanspruch der Pfändung nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Unabhängig vom genauen Verständnis⁴² der Tatbestandsmerkmale der Anerkennung durch Vertrag und der Rechtshängigkeit stellt sich die Frage, ob nicht eine einschränkende Auslegung der Rechtsfolgen des § 852 Abs. 1 ZPO dahingehend geboten und zulässig ist, dass eine Pfändung des Pflichtteilsanspruchs in gewissem Rahmen auch schon vor bzw. unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO als möglich zu erachten ist. Sind Gebotenheit und Zulässigkeit einer einschränkenden Auslegung der Rechtsfolgen des § 852 Abs. 1 ZPO zu bejahen, so sind deren Auswirkungen auf den Ablauf und die Rechtswirkungen der Zwangsvollstreckung zu untersuchen.

1. Bedürfnis für die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO

Das Bedürfnis für eine einschränkende Auslegung der Rechtsfolgen des § 852 Abs. 1 ZPO wird damit begründet, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber bei wortlautgetreuer Anwendung des § 852 Abs. 1 ZPO die Möglichkeit hätte, seinen Pflichtteilsanspruch dem Zugriff durch seine Gläubiger zu entziehen.⁴³ Ließe man die Pfändung des Pflichtteilsanspruchs ausnahmslos erst nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu, könnte der Pflichtteilsanspruchsinhaber vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO und damit vor einer möglichen Pfändung durch seine Gläubiger etwa Dritten vertragliche, Pfandrechte an seinem Pflichtteilsanspruch einräumen. Selbst wenn mit der ver-

⁴⁰ BGH, Urt. v. 05.11.2014 – IV ZR 104/14, NJW 2015, 59 (Rn. 7–18); *Birkenheier*, in: jurisPK-BGB, § 2317 Rn. 20.1.

⁴¹ Zu dieser Möglichkeit BGH, Urt. v. 05.11.2014 – IV ZR 104/14, NJW 2015, 59 (Rn. 11).

⁴² Dazu sogleich unten unter § 4.V. (S. 91).

⁴³ *Gottwald*, Pflichtteilsrecht, Teil III Rn. 300.

traglichen Pfandrechtseinräumung die Voraussetzungen für eine Pfändung des Pflichtteilsanspruchs nach § 852 Abs. 1 ZPO geschaffen werden,⁴⁴ kann die zwangsvollstreckungsrechtliche Pfändung erst ab diesem Zeitpunkt erfolgen. Aufgrund des Prioritätsprinzips der § 1209 BGB, § 804 Abs. 3 ZPO⁴⁵ wäre das durch sie zugunsten der Gläubiger begründete Pfändungspfandrecht nachrangig zu dem zuvor vertraglich eingeräumten Pfandrecht, sodass die Gläubiger benachteiligt wären.⁴⁶ Ebenso könnten die Interessen der Gläubiger etwa durch Abtretung des Pflichtteilsanspruchs durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber vor Eröffnung der Möglichkeit der Pfändung beeinträchtigt werden.⁴⁷ Hat der Pflichtteilsanspruchsinhaber für die vertragliche Pfandrechtseinräumung oder für die Abtretung eine Gegenleistung erhalten, so steht seinen Gläubigern zwar der Zugriff auf diese sich im Vermögen des Pflichtteilsanspruchsinhabers befindende Gegenleistung offen.⁴⁸ Zu einer Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen kommt es jedoch, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber die Pfandrechtseinräumung oder die Abtretung nur zum Schein vornimmt oder die Vereinbarung einer Gegenleistung verheimlicht⁴⁹ sowie freilich auch dann, wenn er ohne Gegenleistung über seinen Pflichtteilsanspruch verfügt.

Zum Schutz der Gläubiger vor benachteiligenden Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch steht die Einzelgläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz zur Verfügung. Ficht ein Gläubiger eine Verfügung des Pflichtteilsanspruchsinhabers über seinen Pflichtteilsanspruch an, so hat der Verfügungsempfänger als Anfechtungsgegner den Pflichtteilsanspruch dem anfechtenden Gläubiger zu dessen Befriedigung zur Verfügung zu stellen. Den Gläubigern muss es also möglich sein, sich durch die Gläubigeranfechtung gegenüber benachteiligenden Verfügungen durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber zur Wehr zu setzen und so die Chance des Zugriffs auf den Pflichtteilsanspruch zu wahren. Erachtet man die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs bereits vor der anzufechtenden Rechtshandlung als notwendige Voraussetzung der Gläubigeranfechtung, ist es bereits deshalb geboten, § 852 Abs. 1 ZPO dahingehend

⁴⁴ Zum genauen Verständnis dieser Voraussetzungen vgl. unten unter § 4.V. (S. 91).

⁴⁵ Zur Anwendbarkeit des Prioritätsprinzips auf das Verhältnis von vertraglichem Pfandrecht und Pfändungspfandrecht etwa BGH, Urt. v. 12.05.1969 – VIII ZR 86/67, BGHZ 52, 99 (Juris-Rn. 7, 23 = S. 102 f., 107 f.); BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 17 = S. 189 f.); *Fleck*, in: BeckOK-ZPO, § 804 Rn. 17.

⁴⁶ Vgl. zu dem Bedürfnis nach einer rangwahrenden Pfändungsmöglichkeit bereits OLG Naumburg, Beschl. v. 26.02.1920 – 1. ZS, OLGE 40 [1920], 154 (154) und KG, Beschl. v. 28.06.1935 – 8 W 2930/35, JW 1935, 3486 (3487); ferner BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 16 = S. 189).

⁴⁷ *Jedzig*, WuB VI D. § 1 AnfG 1.97, 1007 (1008); *Keim*, ZEV 1998, 127 (128).

⁴⁸ Vgl. etwa *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (124).

⁴⁹ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 16 = S. 189). Vgl. auch *Gottwald*, Pflichtteilsrecht, Teil III Rn. 300.

einschränkend auszulegen, dass er der Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht entgegensteht.⁵⁰

Unabhängig davon, ob man die vorherige Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs als notwendige Voraussetzung der Gläubigeranfechtung erachtet oder die Gläubigeranfechtung auch ohne vorherige Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs zulässt,⁵¹ ergibt sich das Bedürfnis für eine einschränkende Auslegung der Rechtsfolgen des § 852 Abs. 1 ZPO jedenfalls auch aus einem anderen Grund: Es ist nicht zu verkennen, dass die Gläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz für den anfechtenden Gläubiger mit zahlreichen Einschränkungen und Nachteilen verbunden ist. So ist die Gläubigeranfechtung vom Vorliegen eines Anfechtungsgrundes (§ 3 Abs. 1, § 3 Abs. 2, § 4 AnfG) abhängig und nur innerhalb der dort bestimmten Anfechtungsfristen möglich. Auf Rechtsfolgenseite führen die Verweisungen auf das Bereicherungsrecht in § 11 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 AnfG zu erheblichen Einschränkungen. Schließlich fordert die Durchsetzung des Anfechtungsanspruchs dem anfechtenden Gläubiger erhebliche Darlegungs- und Beweisanstrengungen ab. All diese Unwägbarkeiten der Gläubigeranfechtung werden vermieden, wenn der Gläubiger den Pflichtteilsanspruch bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO tatsächlich pfändet und einer späteren Verfügung durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber nach dem Prioritätsprinzip diese frühere Pfändung entgegenhalten kann. Zudem ermöglicht die Pfändung nach § 804 Abs. 3 ZPO auch die einfache Rangwahrung im Verhältnis zu konkurrierenden Gläubigern, wohingegen zwischen mehreren anfechtenden Einzelgläubigern allein die Priorität des erfolgreichen Zugriffs entscheidet.⁵² Gegenüber der Gläubigeranfechtung ist die Möglichkeit, aufgrund einer vorherigen Pfändung schlicht die (relative) Unwirksamkeit einer nachfolgenden Verfügung geltend zu machen, mit zahlreichen materiellen und prozessualen Vorteilen verbunden, welche den Gläubigern des Pflichtteilsanspruchsinhabers nicht vorenthalten werden dürfen. Unabhängig davon, ob man die Pfändbarkeit als Voraussetzung der Gläubigeranfechtung ansieht, besteht jedenfalls aus diesem Grunde ein Bedürfnis dafür, § 852 Abs. 1 ZPO dergestalt einschränkend auszulegen, dass eine Pfändung des Pflichtteilsanspruchs bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO möglich ist.

2. Zulässigkeit der Pfändung des Pflichtteilsanspruchs als eines in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Anspruchs

Hinsichtlich der Zulässigkeit einer Pfändung des Pflichtteilsanspruchs auch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO hat sich das Meinungsbild in Rechtsprechung und Literatur durch eine höchstrichterliche

⁵⁰ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 16 = S. 189).

⁵¹ Dazu ausführlich bei der Behandlung der Einzelgläubigeranfechtung unten unter § 5 (S. 121).

⁵² BGH, Urt. v. 14.06.2007 – IX ZR 219/05, BGHZ 172, 360 (Rn. 11); *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 11 Rn. 9.

Entscheidung aus dem Jahr 1993 grundlegend gewandelt. Diese Entwicklung ist zunächst darzustellen, bevor eine eigene Bewertung vorgenommen werden kann.

a) Rechtslage bis 1993

Dem Bedürfnis nach einer Pfändung des Pflichtteilsanspruchs schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nachgebend, hatte das OLG Naumburg eine solche als bedingte Pfändung in einem Beschluss aus dem Jahr 1920 für zulässig erachtet. Nach Ansicht des OLG Naumburg erfolgte die Pfändung des Pflichtteilsanspruchs dabei „bedingt dadurch, dass der Anspruch durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist“.⁵³ Entsprechend der Pfändung bedingter Forderungen (§ 844 ZPO) sei auch die Pfändung bedingt pfändbarer Forderungen für den Fall des Eintritts der Bedingung zulässig.⁵⁴ Die Pfändungsbeschränkung des § 852 Abs. 1 ZPO sei nicht weiter auszudehnen als nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes erforderlich. Der Pfändungsbeschluss sei daher so zu fassen, dass der Pflichtteilsanspruch erst nach Eintritt der Pfändungsvoraussetzungen dem Zugriff des Gläubigers unterworfen wird.⁵⁵

Dem OLG Naumburg zufolge sollte also bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ein Pfändungsbeschluss mit folgendem Wortlaut zulässig sein: „[G]epfändet wird der Anspruch für den Fall, daß er durch Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Drittschuldner anerkannt worden ist oder anerkannt werden wird, und für den Fall, daß er zwischen dem Schuldner und dem Drittschuldner rechtshängig werden wird“.⁵⁶

Dieser Anerkennung der Möglichkeit einer Pfändung des Pflichtteilsanspruchs bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ist das Kammergericht mit einem Beschluss aus dem Jahr 1935 entgegengetreten, in dem es dem OLG Naumburg vorgehalten hat, mit der bedingten Pfändung einen unzulässigen bedingten Staatsakt vorzunehmen. Anders als bei der – unbedingten – Pfändung künftiger oder bedingter Forderungen sei der Pflichtteilsanspruch nämlich bereits vollständig entstanden und nicht bedingt. Da die vom OLG Naumburg zugelassene Pfändung selbst indes erst mit Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO Wirkung entfalten solle, handele es sich dabei um einen bedingten und damit unzulässigen Staatsakt.⁵⁷ Entgegen der Auffassung des OLG Naumburg sei die Frage, ob der Pflichtteilsanspruch durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist, vom Gericht gerade bei Erlass des Pfändungsbeschlusses bzw. im Erinnerungsverfahren zu prüfen. Die Prüfung dieser Frage dürfe nicht auf den Drittschuldner oder das Prozessgericht in einem Verfahren zwischen dem Drittschuldner und dem Voll-

⁵³ OLG Naumburg, Beschl. v. 26.02.1920 – 1. ZS, OLGE 40 [1920], 154 (154).

⁵⁴ OLG Naumburg, Beschl. v. 26.02.1920 – 1. ZS, OLGE 40 [1920], 154 (154).

⁵⁵ OLG Naumburg, Beschl. v. 26.02.1920 – 1. ZS, OLGE 40 [1920], 154 (154).

⁵⁶ OLG Naumburg, Beschl. v. 26.02.1920 – 1. ZS, OLGE 40 [1920], 154 (155).

⁵⁷ KG, Beschl. v. 28.06.1935 – 8 W 2930/35, JW 1935, 3486 (3486 f.).

streckungsgläubiger abgewälzt werden.⁵⁸ Die Beschränkung der Pfändbarkeit bestehe im öffentlichen Interesse und im Interesse des Drittschuldners, dem keine vom Gericht selbst vorzunehmende Prüfung auferlegt werden dürfe.⁵⁹

Der Entscheidung des Kammergerichts sind Rechtsprechung und Literatur trotz des erkannten Bedürfnisses für eine Pfändung des Pflichtteilsanspruchs schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO weitgehend gefolgt. Bis ins Jahr 1993 wurde folglich dem Wortlaut des § 852 Abs. 1 ZPO gemäß eine Pfändung des Pflichtteilsanspruchs vor Anerkennung durch Vertrag oder Rechtshängigkeit allgemein für unzulässig erachtet.⁶⁰

b) Rechtsprechungsänderung durch die Entscheidung des BGH vom 8. Juli 1993

Zu einer überraschenden Änderung des bis dahin einmütig vertretenen Verständnisses des § 852 Abs. 1 ZPO hat ein Urteil des BGH aus dem Jahr 1993 geführt, in welchem im Rahmen eines Rechtsstreits über die Gläubigeranfechtung nach dem AnfG die Pfändung des Pflichtteilsanspruchs als eines in seiner Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Anspruchs auch bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zugelassen wurde.

Nach Ansicht des BGH verbietet § 852 Abs. 1 ZPO bei einer an Sinn und Zweck orientierten Auslegung eine Pfändung des Pflichtteilsanspruchs nur insoweit, als dadurch ein die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers einschränkendes Pfandrecht begründet wird. Eine Pfändung, welche die Entscheidungsfreiheit wahrt, sei mit § 852 Abs. 1 ZPO hingegen vereinbar.⁶¹ Eine solche Pfändung sei in Parallelität zur – allgemein als zulässig erachteten – Pfändung aufschiebend bedingter Ansprüche *a maiore ad minus* möglich. Bei aufschiebend bedingten Ansprüchen sei der Anspruch im Zeitpunkt der Pfändung noch nicht in vollem Umfang entstanden und noch nicht im Wege des Zwangszugriffs verwertbar. Der Pflichtteilsanspruch sei zwar schon voll entstanden, seine zwangsweise Verwertbarkeit unterliege allerdings noch einer aufschiebenden (Wollens-)Bedingung. In beiden Konstellationen erfolge der Staatsakt der Pfändung selbst bedingungslos. In Anlehnung an eine Entscheidung des Reichsgerichts⁶² sei allein die getroffene Anordnung als bedingt anzusehen. Es werde also der in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingte

⁵⁸ KG, Beschl. v. 28.06.1935 – 8 W 2930/35, JW 1935, 3486 (3486 f.).

⁵⁹ KG, Beschl. v. 28.06.1935 – 8 W 2930/35, JW 1935, 3486 (3487).

⁶⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 9 = S. 185 f.) m.w.N. und *Hannich*, S. 53 m.w.N. in Fn. 214. Als „einhellige Meinung in Rechtsprechung und Literatur“ bezeichnet bei *Kreft*, KTS 2004, 205 (214).

⁶¹ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 11 = S. 186).

⁶² RG, Urt. v. 05.02.1932 – VII 194/31, RGZ 135, 139 (141).

Pflichtteilsanspruch – unbedingt – gepfändet.⁶³ Eine solche Pfändung wahre die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers.⁶⁴

Ein weiteres Argument für die Zulässigkeit der Pfändung des Pflichtteilsanspruchs auch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zieht der BGH aus einem Vergleich mit der Behandlung des Pflichtteilsanspruchs in der Gesamt(zwangs)vollstreckung: Werde der Pflichtteilsanspruch in einschränkender Auslegung des § 852 Abs. 1 ZPO von der herrschenden Meinung⁶⁵ auch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO der Konkursmasse zugerechnet, sei parallel dazu auch der Zugriff in der (Einzel-)Zwangsvollstreckung zuzulassen.⁶⁶

Lasse man hingegen die Pfändung des Pflichtteilsanspruchs erst nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu, könne der Pflichtteilsanspruchsinhaber davor vertragliche Pfandrechte einräumen und so seine Gläubiger benachteiligen. Außerdem könne er Scheinabtretungen vornehmen oder heimlich Gegenleistungen für eine Abtretung vereinbaren.⁶⁷ Die Pfändung des in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Pflichtteilsanspruchs begründe demgegenüber ein rangwahrendes Pfandrecht, das späteren Verpfändungen durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber vorgehe und so den Schutz der Gläubiger gewährleiste.⁶⁸

In der Literatur ist die durch das zitierte Urteil des BGH aus dem Jahr 1993 vollzogene Rechtsprechungsänderung überwiegend auf Zustimmung gestoßen.⁶⁹ Die höchstrichterliche Rechtsprechung selbst hat die Rechtsfigur der Pfändung des in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Pflichtteilsanspruchs in mehreren Entscheidungen ausdrücklich bestätigt,⁷⁰ so-

⁶³ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 12 = S. 187).

⁶⁴ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 13 = S. 187).

⁶⁵ Nach *Schubert*, JR 1994, 419 (420) und *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (278 m.w.N. in Fn. 32) hingegen handelte es sich dabei um eine nur teilweise vertretene und von der Mehrheit in der Literatur nicht geteilte Ansicht.

⁶⁶ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 15 = S. 189). Vgl. dazu *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (276, 278).

⁶⁷ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 16 = S. 189). Vgl. auch *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (124).

⁶⁸ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 17 = S. 189 f.).

⁶⁹ *Gerhardt*, EWiR 1993, 1141 (1142); *Gerhardt*, EWiR 1997, 683 (684); *Greve*, ZIP 1996, 699 (700); *Wax*, LM § 852 ZPO Nr. 1 (11/1993), 2067 (2067r); *Windel*, KTS 1995, 367 (383); *Hannich*, S. 65; *Engelmann*, S. 27 ff.; *Gottwald*, Pflichtteilsrecht, Teil II § 2317 Rn. 36, Teil III Rn. 295; wohl auch *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (124 ff.); *Grziwotz*, in: *Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt*, § 2317 Rn. 30; weitgehend zustimmend auch *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1770); für die Zulässigkeit unentgeltlicher Verfügungen nach erfolgter Pfändung, im Übrigen aber ebenfalls zustimmend *Schubert*, JR 1994, 419 (420); ablehnend hingegen etwa *Harder*, WuB VI E. § 852 ZPO 1.94, 219 (221) und – an dieser Stelle allerdings ohne Begründung – *Muscheler*, Universalsukzession, S. 219.

⁷⁰ BGH, Urt. v. 06.05.1997 – IX ZR 147/96, NJW 1997, 2384 (Juris-Rn. 5, 7 = S. 2384); BGH, Beschl. v. 18.12.2008 – IX ZB 249/07, NJW-RR 2009, 632 (Rn. 14); BGH, Beschl. v.

dass sie heute als Maßstab für die Rechtspraxis zu gelten hat. Von der Literatur wird dieser Maßstab mittlerweile weitgehend akzeptiert.⁷¹

c) Bewertung

Für eine Bewertung der Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs im Jahr 1993 ist zunächst festzuhalten, dass diese die Probleme bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 852 Abs. 1 ZPO, insbesondere des Merkmals der Anerkennung durch Vertrag, nicht löst, sondern sie lediglich von der Ebene der Pfändung auf die Ebene der Verwertung verlagert.⁷² Die Lösung jener Auslegungsprobleme war aber auch nicht Gegenstand und Ziel der Rechtsprechungsänderung. Unabhängig von dem genauen Verständnis der Tatbestandsmerkmale des § 852 Abs. 1 ZPO⁷³ ist nicht zu leugnen, dass auch in Fällen, in denen nach allen vertretenen Ansichten die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO noch nicht erfüllt sind, ein Bedürfnis für den Schutz des Vollstreckungsgläubigers durch die Zulassung der Pfändung des Pflichtteilsanspruchs bestehen kann.⁷⁴ Dieses Bedürfnis ergibt sich aus dem vom Gesetzgeber wenig durchdachten Verhältnis zwischen der eingeschränkten Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs nach § 852 Abs. 1 ZPO einerseits und seiner uneingeschränkten Übertragbarkeit nach § 2317 Abs. 2 Var. 2 BGB andererseits.⁷⁵ Zutreffend führt der BGH dazu aus: „Den Gesetzesmaterialien ist nicht zu entnehmen, daß die mit der gewählten Regelung verbundenen Rechtsfolgen im einzelnen durchdacht und in einem bestimmten Sinn angestrebt wurden.“⁷⁶

Zur Auflösung dieses Normwiderspruchs wenig ergiebig ist der vornehmlich terminologische Streit, ob bei der Pfändung des Pflichtteilsanspruchs vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO die Pfändung als solche oder nur die in ihr getroffene Anordnung durch den Eintritt der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO aufschiebend bedingt ist. Wenn die allgemein an-

26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 7); BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, NJW-RR 2010, 121 (Rn. 8); BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, NJW 2011, 1448 (Rn. 8); BGH, Urt. v. 05.11.2014 – IV ZR 104/14, NJW 2015, 59 (Rn. 13); BGH, Beschl. v. 11.06.2015 – IX ZB 18/13, ZIP 2015, 1595 (Rn. 9).

⁷¹ *Bartels*, KTS 2003, 41 (45); *Krauß*, ErbR 2011, 162 (164 Fn. 29); *Geitner*, S. 22 f.; *Kreft*, KTS 2004, 205 (214 f.); *Stöber*, Rn. 271; *Firsching/Graf*, Rn. 1.439; *Ahrens*, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 7; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 3; *Brehm*, in: Stein/Jonas, § 852 Rn. 1; *Kemper*, in: Saenger, § 852 Rn. 3; *Kessal-Wulff/Lorenz*, in: Schuschke/Walker, § 852 Rn. 5; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 16–22; *Riedel*, in: BeckOK-ZPO, § 852 Rn. 1; *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 852 Rn. 5. Die höchstrichterliche Entscheidung als nicht unbedenklich, aber hinnehmbar bezeichnend *Dieckmann*, in: Soergel, § 2317 Rn. 14.

⁷² *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (284).

⁷³ Vgl. dazu unten unter § 4.V. (S. 91).

⁷⁴ Vgl. dazu bereits oben unter § 4.IV.1. (S. 65).

⁷⁵ So *Frank*, FS Leipold, 983 (987 f.).

⁷⁶ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 14 = S. 187–189).

genommene Unzulässigkeit einer bedingten Pfändung⁷⁷ damit begründet wird, dass Beschlagnahme und Verstrickung mit ihren weitreichenden Folgen nicht in der Schwebe bleiben und von ungewissen Ereignissen in der Zukunft abhängen könnten,⁷⁸ so greift diese Begründung auch dann, wenn lediglich die mit der Pfändung getroffene Anordnung aufschiebend bedingt sein soll. Bei der Unterscheidung zwischen bedingter Pfändung einerseits und unbedingter Pfändung mit bedingter Anordnung andererseits handelt es sich also tatsächlich wohl nur um „ein leeres Spiel mit Worten“.⁷⁹ In der Sache spricht nichts dagegen, die Pfändung des in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Pflichtteilsanspruchs als unbedingte Pfändung zu verstehen, deren einzige Einschränkung darin besteht, dass allein die Verwertung des gepfändeten Rechts nur unter bestimmten Bedingungen möglich ist. Die Zulässigkeit einer solchen unbedingten Pflichtteilsanspruchspfändung steht im Übrigen in Einklang mit der unumstrittenen Anerkennung der Pfändbarkeit bedingter oder noch nicht fälliger Ansprüche.⁸⁰

Dass die Zulassung der Pfändung des Pflichtteilsanspruchs schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO grundsätzlich eine sachgerechte Auflösung des Normwiderspruchs zwischen § 852 Abs. 1 ZPO und § 2317 Abs. 2 BGB darstellt, ist nicht zu bestreiten.⁸¹ Den Interessen des Vollstreckungsgläubigers wird sie insofern gerecht, als sie sein Bedürfnis nach Schutz seiner Zugriffsmöglichkeit auf den Pflichtteilsanspruch anerkennt und verwirklicht. Auf der anderen Seite respektiert sie auch die Interessen des Pflichtteilsanspruchsinhabers, indem sie seine Entscheidungsfreiheit über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs wahrt.

Fraglich ist daher allein, ob der Rechtsprechung die Kompetenz zur Verfolgung dieser sachgerechten Lösung zukommt. Es ist nicht in Abrede zu stellen, dass die Anerkennung der Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO als eines in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Anspruchs dem Wortlaut des § 852 Abs. 1 ZPO widerspricht.⁸² Angesichts des offenen Widerspruchs dieser Norm zu § 2317 Abs. 2 BGB und angesichts der Eindeutigkeit des mit § 852 Abs. 1 ZPO verfolgten Zwecks erscheint aber die von der Rechtsprechung vorgenommene einschränkende Auslegung und Anwendung des § 852 Abs. 1 ZPO

⁷⁷ Etwa *Greve*, ZIP 1996, 699 (701); *Harder*, WuB VI E. § 852 ZPO 1.94, 219 (221); *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1770); *Musiellak*, ZEV 2009, 249 (250).

⁷⁸ So *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1770).

⁷⁹ *Harder*, WuB VI E. § 852 ZPO 1.94, 219 (221).

⁸⁰ Vgl. zur Zulässigkeit der Pfändung bedingter oder noch nicht fälliger Ansprüche nur § 844 Abs. 1 ZPO.

⁸¹ Etwa *Frank*, FS Leipold, 983 (987); *Harder*, WuB VI E. § 852 ZPO 1.94, 219 (221).

⁸² *Frank*, FS Leipold, 983 (987); *Harder*, WuB VI E. § 852 ZPO 1.94, 219 (221); *Hintzen*, WuB VI D. § 852 ZPO 1.09, 571 (573); *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (275).

auch ohne oder vor einer – freilich wünschenswerten⁸³ – Korrektur durch den Gesetzgeber zulässig.

Wie genau und mit welchem Wortlaut die Pfändung des in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Pflichtteilsanspruchs zu erfolgen hat, ob insbesondere auch die Überweisung zur Einziehung schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zulässig sein soll,⁸⁴ und welche Rechtswirkungen der Pfändung und der Überweisung zukommen,⁸⁵ sind Folgefragen, die sich aus der einschränkenden Auslegung des § 852 Abs. 1 ZPO ergeben. Die sich bei ihrer Beantwortung ergebenden Probleme stellen die Berechtigung der einschränkenden Auslegung des § 852 Abs. 1 ZPO nicht grundsätzlich in Frage.

3. Ablauf der Zwangsvollstreckung

Legt man mit der Rechtsprechung und der inzwischen herrschenden Ansicht in der Literatur § 852 Abs. 1 ZPO einschränkend aus und lässt man folglich eine Pfändung des in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Pflichtteilsanspruchs auch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu, so sind die Details des Ablaufs der Pfändung und Verwertung des Pflichtteilsanspruchs zu klären. Dabei ist zum einen der genaue Inhalt von Pfändungsantrag und Pfändungsbeschluss zu bestimmen. Zum anderen ist auf Ebene der Verwertung die Frage zu beantworten, ob eine Überweisung des in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Pflichtteilsanspruchs auch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zulässig sein soll.

a) Inhalt des Pfändungsbeschlusses

Hinsichtlich des konkreten Inhalts des Pfändungsbeschlusses und, spiegelbildlich hierzu,⁸⁶ des Pfändungsantrags ist fraglich, ob sich Pfändungsantrag und Pfändungsbeschluss zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO verhalten sollen. Sodann ist zu klären, ob gegebenenfalls ein Hinweis auf die eingeschränkte Verwertbarkeit des gepfändeten Pflichtteilsanspruchs geboten ist.

aa) Hinweis auf die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO

Zu der Frage, ob sich Pfändungsantrag und Pfändungsbeschluss mit der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO befassen sollen, werden unterschiedliche Positionen vertreten. Teilweise wird eine Stellungnahme zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO für erforderlich gehalten. Aus

⁸³ Eine solche für zwingend erforderlich haltend *Harder*, WuB VI E. § 852 ZPO 1.94, 219 (221).

⁸⁴ Dazu unten unter § 4.IV.3.b) (S. 76).

⁸⁵ Dazu unten unter § 4.IV.4. (S. 84).

⁸⁶ *Stöber*, Rn. 461.

Pfändungsantrag und Pfändungsbeschluss müsse, wie schon vor der Rechtsprechungsänderung aus dem Jahr 1993, hervorgehen, ob von einer Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag oder von dessen Rechtshängigkeit ausgegangen werde.⁸⁷ Überwiegend wird demgegenüber vertreten, dass Pfändungsantrag und Pfändungsbeschluss keinerlei Angaben zur Anerkennung durch Vertrag oder zur Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs enthalten müssten.⁸⁸

Vergegenwärtigt man sich, dass auch die Vertreter der erstgenannten Ansicht die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs schon vor Erfüllung der Voraussetzungen grundsätzlich befürworten, so ist die erstgenannte Ansicht wohl dahingehend zu präzisieren, dass sie zweierlei Arten der Pfändung des Pflichtteilsanspruchs kennt: Werden im Pfändungsantrag Angaben zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO gemacht, so soll die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO auch im Pfändungsbeschluss zum Ausdruck kommen. Wird die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO hingegen nicht vorgetragen, so ist auch nach der erstgenannten Ansicht die Pfändung des dann eben in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit noch aufschiebend bedingten Pflichtteilsanspruchs möglich. Fraglich ist also nur, ob diese zwei Varianten der Pflichtteilspfändung anerkannt werden sollten oder ob es nur eine einheitliche Pfändung geben sollte.

Klar ist, dass ein etwaiger Tatsachenvortrag des Vollstreckungsgläubigers zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bei Erlass des Pfändungsbeschlusses gerichtlich nicht nachgeprüft wird. Der Vollstreckungsgläubiger hat die von ihm vorgebrachten Tatsachen weder glaubhaft zu machen noch zu beweisen und das Vollstreckungsgericht, das den Vollstreckungsschuldner gemäß § 834 ZPO nicht anhört,⁸⁹ prüft nicht den Wahrheitsgehalt des Tatsachenvortrags des Vollstreckungsgläubigers.⁹⁰ Selbst wenn im Pfändungsbeschluss der Hinweis enthalten wäre, dass der Pflichtteilsanspruch nach dem Vortrag des Vollstreckungsgläubigers durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig ist, wäre dies folglich für das weitere Verfahren ohne jede Bedeutung. Wegen Fehlens einer Prüfungskompetenz des Vollstreckungsgerichts hinsichtlich der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO⁹¹ ist es daher allein sinnvoll, von ei-

⁸⁷ *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 852 Rn. 5; so wohl auch *Ahrens*, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 8. Entsprechende Angaben zwar nicht fordernd, wohl aber zulassend *Lüke*, in: Wiczorek/Schütze, § 852 Rn. 7; *Riedel*, in: BeckOK-ZPO, § 852 Rn. 6.

⁸⁸ BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 12); *Greve*, ZIP 1996, 699 (701); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (176 f.); *Musielak*, ZEV 2009, 249 (250); *Stöber*, Rn. 268, 273a; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 3; *Kessal-Wulf/Lorenz*, in: Schuschke/Walker, § 852 Rn. 5 f.; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 17 f.; *Stöber*, in: Zöller, § 852 Rn. 4.

⁸⁹ Mit der Ausnahme von Fällen des § 850b Abs. 3 ZPO.

⁹⁰ BGH, Beschl. v. 27.06.2003 – IXa ZB 62/03, NJW-RR 2003, 1650 (Juris-Rn. 6 = S. 1650); BGH, Beschl. v. 19.03.2004 – IXa ZB 229/03, NJW 2004, 2096 (Juris-Rn. 6 = S. 2097); *Stöber*, Rn. 484 ff.; *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 829 Rn. 22.

⁹¹ Vgl. nur BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 12).

ner einheitlichen Pflichtteilsanspruchspfändung unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO auszugehen. Mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der herrschenden Ansicht in der Literatur ist daher anzunehmen, dass Pfändungsantrag und Pfändungsbeschluss keine Angaben zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO enthalten müssen und sollen.

bb) Hinweis auf die Einschränkung der Verwertbarkeit

Eine andere Frage ist es, ob in den Pfändungsbeschluss ein Hinweis auf die eingeschränkte, von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO abhängende Verwertbarkeit des gepfändeten Pflichtteilsanspruchs aufzunehmen ist. Teilweise wird ein solcher Hinweis als notwendiger Bestandteil des Pfändungsantrags und des Pfändungsbeschlusses erachtet. Der Pflichtteilsanspruch sei zwingend „mit der Maßgabe zu pfänden, daß er durch Vertrag zwischen Schuldner und Drittschuldner anerkannt ist oder anerkannt werden wird oder daß der Pflichtteilsanspruch rechtshängig ist oder rechtshängig werden wird“.⁹²

Kritikwürdig an diesem Vorschlag ist, dass er durch die Formulierung „mit der Maßgabe zu pfänden, daß“ den unzutreffenden Eindruck erweckt, als ob die Pfändung bedingt wäre. Dogmatisch treffender wäre demgegenüber der Hinweis, dass mit der Pfändung des Pflichtteilsanspruchs noch nichts über dessen zwangsweise Verwertbarkeit ausgesagt ist, sondern dass diese vielmehr durch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO aufschiebend bedingt ist.

Da sich die Einschränkung der Verwertbarkeit jedoch bereits aus dem Gesetz ergibt, ist ein solcher Hinweis mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung jedenfalls nicht als notwendig anzusehen.⁹³ Angesichts des unklaren Wortlauts des § 852 Abs. 1 ZPO kann er aber der Klarstellung dienen und ist daher grundsätzlich sinnvoll.⁹⁴ Insbesondere kann damit der Gefahr vorgebeugt werden, dass schon der Pfändungsbeschluss als solcher den Drittschuldner ohne Zutun des Pflichtteilsanspruchsinhabers zur Zahlung drängt.⁹⁵

Bis zu einer Korrektur des Wortlauts des § 852 Abs. 1 ZPO durch den Gesetzgeber empfiehlt es sich also, in den Pfändungsbeschluss – und damit auch in den entsprechenden Antrag – den folgenden Zusatz aufzunehmen: „Der gepfän-

⁹² *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1770); zustimmend *Behr*, JurBüro 1996, 65 (65 f.); *Gottwald*, Pflichtteilsrecht, Teil II § 2317 Rn. 38; *Firsching/Graf*, Rn. 1.439; wohl auch *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 17 f.

⁹³ BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 13); *Musielak*, ZEV 2009, 249 (250).

⁹⁴ BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 14); *Musielak*, ZEV 2009, 249 (250); *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 18; *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 852 Rn. 7; so wohl auch *Horn*, in: MAH Erbrecht, § 29 Rn. 51.

⁹⁵ BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 14).

dele Pflichtteilsanspruch ist nur verwertbar, wenn er durch Vertrag anerkannt worden ist oder wird oder rechtshängig geworden ist oder wird.“

b) Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO als Voraussetzung für den Überweisungsbeschluss

In dogmatischer und rechtspraktischer Hinsicht umstritten ist die Frage, ob der Erlass eines Überweisungsbeschlusses nach § 835 Abs. 1 ZPO von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO abhängig sein soll. Während ein Teil der Literatur und der instanzgerichtlichen Rechtsprechung diese Frage verneint und einen einheitlichen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss (PfÜB) unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO für möglich hält,⁹⁶ lassen der größere Teil der Literatur und die höchstrichterliche Rechtsprechung die Überweisung des Pflichtteilsanspruchs erst nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu.⁹⁷

Zur Entscheidung der Frage ist in den Blick zu nehmen, welche Konsequenzen sich aus dem Charakter des § 852 Abs. 1 ZPO als Verwertungsverbot sowie aus einer möglicherweise mit § 852 Abs. 1 ZPO verbundenen Rechtsschutzgewährungspflicht ergeben.

aa) § 852 Abs. 1 ZPO als Verwertungsverbot

Teilweise wird die herrschende Auffassung mit dem Charakter des § 852 Abs. 1 ZPO als Verwertungsverbot begründet. Bei zutreffender Auslegung werde durch § 852 Abs. 1 ZPO zwar nicht die Pfändung, wohl aber die Verwertung des Pflichtteilsanspruchs von der Erfüllung der dort genannten Voraussetzungen abhängig gemacht. Da aber die Überweisung dem Vollstreckungsgläubiger die Kompetenz zur Geltendmachung der Forderung gegenüber dem Drittschuldner verleihe⁹⁸ und daher die Verwertung der gepfändeten Forderung darstelle, könne

⁹⁶ LG Münster, Beschl. v. 01.03.2006 – 5 T 1185/05, NJW-RR 2006, 1020 (Juris-Rn. 4 = S. 1021); Greve, ZIP 1996, 699 (701); Keim, ZEV 1998, 127 (128); Klumpp, ZEV 1998, 123 (125); Stöber, Rn. 273b; Brehm, in: Stein/Jonas, § 852 Rn. 4; Kemper, in: Saenger, § 852 Rn. 4; ebenso, allerdings in Widerspruch zur folgenden Randnummer, Ahrens, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 9.

⁹⁷ BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 18); Behr, JurBüro 1996, 65 (65); Goltzsche, DNotZ 2009, 865 (865); Haas/Vogel, FS Bengel/Reimann, 173 (177); Krauß, ErbR 2011, 162 (164 Fn. 29); Kuchinke, NJW 1994, 1769 (1771); Wax, LM § 852 ZPO Nr. 1 (11/1993), 2067 (2067r); Engelmann, S. 24; Gottwald, Pflichtteilsrecht, Teil II § 2317 Rn. 38; Muscheler, Universalsukzession, S. 216 f.; Firsching/Graf, Rn. 1.439; Becker, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 3; Herzog, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 148; Lange, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 26; Müller, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 11; Meller-Hannich, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 15, 21; Riedel, in: BeckOK-ZPO, § 852 Rn. 7; wohl auch Toussaint, jurisPR-BGHZivilR 8/2009 Anm. 2 (unter E.).

⁹⁸ So ausdrücklich BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 19).

der Überweisungsbeschluss „zwingend“⁹⁹ und „an sich selbstverständlich“¹⁰⁰ erst nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ergehen.¹⁰¹

Zuzustimmen ist dieser Argumentation insoweit, als die Anerkennung der Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs als eines in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Anspruchs¹⁰² tatsächlich gleichbedeutend mit der – zutreffenden – Aussage ist, dass in § 852 Abs. 1 ZPO anstelle von „Pfändung“ vielmehr „Verwertung“ gemeint ist.¹⁰³ Auch trifft es zu, dass in der Überweisung der gepfändeten Forderung in manchen Zusammenhängen bereits deren Verwertung gesehen wird,¹⁰⁴ wie es etwa auch in § 844 Abs. 1 ZPO anklingt. Versteht man allerdings unter „Verwertung“, dass der Vollstreckungsgläubiger tatsächlich durch die Zahlung von Geld befriedigt wird, so ist die Überweisung der Forderung an den Vollstreckungsgläubiger hierzu lediglich notwendige Voraussetzung. Ob der Vollstreckungsgläubiger aber befriedigt wird, hängt davon ab, ob ihm die Einziehung der an ihn überwiesenen Forderung vom Drittschuldner gelingt.

Genau diese Verwertung im Sinne der Einziehung des gepfändeten Pflichtteilsanspruchs vom Drittschuldner ist es aber, die § 852 Abs. 1 ZPO von der Erfüllung der dort genannten Voraussetzungen abhängig machen möchte. Nach einhelliger Ansicht bezweckt § 852 Abs. 1 ZPO den Schutz der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers; nur ihm soll die Entscheidung darüber zustehen, ob der Pflichtteilsanspruch geltend gemacht wird.¹⁰⁵ Geltend gemacht wird der Pflichtteilsanspruch aber weder durch Pfändung noch durch Überweisung an den Vollstreckungsgläubiger, sondern erst dann, wenn er beim Schuldner des Pflichtteilsanspruchs eingezogen wird. Richtigerweise verleiht allein die Überweisung des gepfändeten Anspruchs an den Vollstreckungsgläubiger diesem noch nicht die (volle) Kompetenz, den überwiesenen Anspruch gegenüber dem Drittschuldner auch geltend zu machen. Die Überweisung ist hierfür zwar notwendige Voraussetzung. Es ist aber denkbar, die Einziehung noch von weiteren – nämlich den in § 852 Abs. 1 ZPO enthaltenen – Voraussetzungen abhängig zu machen, bis zu deren Vorliegen der Drittschuldner nicht in Anspruch genommen werden kann.¹⁰⁶

Ist mit der Überweisung des gepfändeten Pflichtteilsanspruchs daher noch nicht zugleich die (volle) Kompetenz zu dessen Einziehung verbunden, sondern kann die Einziehung auch nach Überweisung bis zur Erfüllung der Vorausset-

⁹⁹ Behr, JurBüro 1996, 65 (65).

¹⁰⁰ Toussaint, jurisPR-BGHZivilR 8/2009 Anm. 2 (unter E.).

¹⁰¹ BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 19); Müller, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 11.

¹⁰² Dazu oben unter § 4.IV.2.c) (S. 71).

¹⁰³ K. Schmidt, JuS 1998, 84 (85).

¹⁰⁴ So bei Schuschke, in: Schuschke/Walker, § 835 Rn. 1; Stöber, in: Zöller, § 835 Rn. 2.

¹⁰⁵ Vgl. oben unter § 4.II. (S. 61); ebenso auch BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 20).

¹⁰⁶ Vgl. Musielak, ZEV 2009, 249 (250).

zungen des § 852 Abs. 1 ZPO noch verhindert werden, ergibt sich aus dem Charakter des § 852 Abs. 1 ZPO als Verwertungsverbot keinerlei Notwendigkeit, bereits die Überweisung von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO abhängig zu machen. Freilich ist der genannte Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO aber auch gewahrt, wenn schon die Überweisung erst ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zugelassen wird. Allein anhand des Charakters des § 852 Abs. 1 ZPO als Verwertungsverbot ist die Streitfrage daher nicht zu entscheiden.

bb) Rechtsschutzgewährungspflicht aus § 852 Abs. 1 ZPO

Lässt der unmittelbare Zweck des einschränkend ausgelegten § 852 Abs. 1 ZPO, die Verwertung des Pflichtteilsanspruchs von den dort genannten Voraussetzungen abhängig zu machen, beide Ansichten zu, ist für eine Entscheidung der Streitfrage näher in den Blick zu nehmen, inwiefern § 852 Abs. 1 ZPO zur Gewährung von Rechtsschutz für den Pflichtteilsanspruchsinhaber in der Zwangsvollstreckung verpflichtet und inwiefern die sich aus den beiden Ansichten ergebenden Konsequenzen für das System des Rechtsschutzes in der Zwangsvollstreckung damit in Einklang stehen.

Anerkanntermaßen ist es Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO, die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs zu gewährleisten.¹⁰⁷ Die Verfolgung dieses Zwecks wäre aber gefährdet, wenn sie nicht mit einer entsprechenden Rechtsschutzgewährung für den Pflichtteilsanspruchsinhaber einherginge. Bei zutreffender Auslegung gebietet es § 852 Abs. 1 ZPO also zugleich, dem Pflichtteilsanspruchsinhaber den gerichtlichen Schutz seiner Entscheidungsfreiheit zu ermöglichen. Dem Pflichtteilsanspruchsinhaber selbst muss eine Möglichkeit zu Gebote stehen, seine Entscheidungsfreiheit über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs gerichtlich zu verteidigen.

Es ist zu fragen, inwiefern diese aus § 852 Abs. 1 ZPO folgende Rechtsschutzgewährungspflicht durch die beiden geschilderten Ansichten umgesetzt wird.

(1) Konsequenzen der beiden vertretenen Ansichten für den Rechtsschutz

Wird die Überweisung des gepfändeten Pflichtteilsanspruchs unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zugelassen, handelt es sich bei der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht um eine formelle Voraussetzung der prozessualen Zulässigkeit des Überweisungsbeschlusses, sondern um eine neben die Überweisung tretende zusätzliche Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Drittschuldners durch den Vollstreckungsgläubiger. Rechtsschutz im Wege der vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe der (Vollstreckungs-)Erinnerung nach § 766 ZPO oder der sofortigen

¹⁰⁷ Vgl. oben unter § 4.II. (S. 61).

Beschwerde nach § 793 ZPO ist daher nicht möglich. Vielmehr ist die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO dann erst im Einziehungsprozess zu thematisieren. Für die Schlüssigkeit seines Einziehungsanspruchs gegen den Drittschuldner hat der Vollstreckungsgläubiger dort die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vorzutragen und bei Bestreiten durch den Drittschuldner zu beweisen. Bei Zulassung der Überweisung des gepfändeten Pflichtteilsanspruchs unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ist eine gerichtliche Überprüfung der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO also erst und ausschließlich im Einziehungsprozess möglich.¹⁰⁸

Lässt man hingegen mit der herrschenden Ansicht die Überweisung erst nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu, so handelt es sich um eine Voraussetzung für die prozessuale Zulässigkeit des Überweisungsbeschlusses. Rechtsschutz ist dann im Wege der (Vollstreckungs-)Erinnerung nach § 766 ZPO oder, sofern ausnahmsweise eine Anhörung des Rechtsschutzsuchenden stattgefunden hat, im Wege der sofortigen Beschwerde nach § 793 ZPO zu suchen.¹⁰⁹ Unterschiedlich beurteilt¹¹⁰ wird innerhalb der herrschenden Ansicht, ob die mangelnde Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vom Drittschuldner zusätzlich auch im Einziehungsprozess geltend gemacht werden kann. Aus Gründen der Prüfungskompetenz und der Prozessökonomie, insbesondere zur Verhinderung sich widersprechender Entscheidungen, ist das Prozessgericht grundsätzlich nicht befugt, Einwendungen zu berücksichtigen, die der Drittschuldner gegen den Pfändungs- und den Überweisungsbeschluss erhebt. Möchte der Drittschuldner derartige formelle Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung geltend machen, so hat er direkt gegen den Pfändungs- und den Überweisungsbeschluss vorzugehen und dessen Aufhebung anzustreben.¹¹¹ Zu beachten sind Einwendungen des Drittschuldners gegen den Pfändungs- und den Überweisungsbeschluss nur dann, wenn sie sich auf schwere und offenkundige Mängel beziehen, die den jeweiligen Beschluss als Staatsakt – ähnlich einem Verwaltungsakt – nicht nur anfechtbar machen, sondern zu seiner Nichtigkeit

¹⁰⁸ Greve, ZIP 1996, 699 (701); Keim, ZEV 1998, 127 (128 f.).

¹⁰⁹ BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 22); Musielak, ZEV 2009, 249 (250); Firsching/Graf, Rn. 1.439; Meller-Hannich, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 22.

¹¹⁰ Ausdrücklich offengelassen in BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 22).

¹¹¹ Vgl. BGH, Urt. v. 16.02.1976 – II ZR 171/74, BGHZ 66, 79 (Juris-Rn. 7 = S. 80 f.); BGH, Beschl. v. 23.10.2008 – VII ZB 16/08, NJW-RR 2009, 211 (Rn. 7); BAG, Urt. v. 15.02.1989 – 4 AZR 401/88, BAGE 61, 109 (Juris-Rn. 13 = S. 112); Gottwald, Pflichtteilsrecht, Teil III Rn. 299; Lackmann, Rn. 347; Stöber, Rn. 752; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 653; Bendtsen, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 835 Rn. 3. A.A., nämlich für eine uneingeschränkte Befugnis des Drittschuldners zur Geltendmachung von Mängeln des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses im Einziehungsprozess, Baur/Stürmer/Bruns, Rn. 24.36.

führen.¹¹² Im schon laufenden Prozess zwischen Vollstreckungsgläubiger und Drittschuldner kann der Drittschuldner dann nach § 148 ZPO die Aussetzung durch das Prozessgericht bis zur Entscheidung des Vollstreckungsgerichts über die Erinnerung veranlassen.¹¹³ Möglich ist auch eine einstweilige Anordnung nach § 766 Abs. 1 Satz 2, § 732 Abs. 2 ZPO. Besteht schon ein vollstreckungsfähiger Titel gegen den Drittschuldner, kann dieser dagegen mit der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO vorgehen.¹¹⁴ Eine Ausnahme wird aber gemacht, wenn die vom Drittschuldner eingewendete Unpfändbarkeit auf materiellem Recht, etwa auf § 851 ZPO i. V.m. § 399 BGB,¹¹⁵ beruht: Eine materiellrechtlich begründete Unpfändbarkeit soll – zusätzlich – auch im Erkenntnisverfahren vor dem Prozessgericht zu berücksichtigen sein.¹¹⁶ Vor diesem Hintergrund wird teilweise den Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO im Wesentlichen prozessuale Dimension zugemessen und eine zusätzliche Berücksichtigung im Einziehungsprozess folglich nicht für möglich erachtet.¹¹⁷ Ein anderer Teil der herrschenden Ansicht betont den materiell-rechtlichen Gehalt des § 852 Abs. 1 ZPO und lässt demzufolge die Berufung des Drittschuldners auf das Fehlen der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ausnahmsweise zusätzlich auch im Einziehungsprozess zu.¹¹⁸

(2) Bewertung der Konsequenzen für den Rechtsschutz

Für eine Bewertung der Auswirkungen der beiden Ansichten auf die Rechtsschutzmöglichkeiten ist zunächst festzustellen, dass sich in Bezug auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast keine Unterschiede ergeben. Sowohl im Einziehungsprozess als auch bei der (Vollstreckungs-)Erinnerung nach § 766 ZPO und der sofortigen Beschwerde nach § 793 ZPO hat der Vollstreckungsgläubiger die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO darzulegen und auf Bestreiten des Gegners hin zu beweisen.¹¹⁹

¹¹² Vgl. zu dieser Unterscheidung BGH, Beschl. v. 23.10.2008 – VII ZB 16/08, NJW-RR 2009, 211 (Rn. 7); BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 22); *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 652; *Stöber*, Rn. 748.

¹¹³ *Greve*, ZIP 1996, 699 (699); *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 653; *Stöber*, Rn. 753.

¹¹⁴ Vgl. *Greve*, ZIP 1996, 699 (699); *Stöber*, Rn. 752.

¹¹⁵ Vgl. zur Rechtsnatur des § 851 ZPO *Meller-Hannich*, KTS 2000, 37 (45 f.).

¹¹⁶ BGH, Urt. v. 30.03.1978 – VII ZR 331/75, WM 1978, 553 (Juris-Rn. 23 f. = S. 554); *Lackmann*, Rn. 347; *Stöber*, Rn. 752.

¹¹⁷ So, freilich noch vor Anerkennung der Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs als eines in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Anspruchs, RG, Urt. v. 03.06.1918 – IV 11/18, RGZ 93, 74 (77 f.); dem heute folgend *Ahrens*, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 10.

¹¹⁸ *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 22; ohne nähere Begründung auch *Adolf-Kapgenöß*, jurisPR-FamR 13/2009 Anm. 1 (unter D.); wohl ebenso *Becker*, in: Muielak/Voit, § 852 Rn. 3.

¹¹⁹ *Greve*, ZIP 1996, 699 (701); *Keim*, ZEV 1998, 127 (128 f.).

Ein Unterschied von entscheidender Bedeutung besteht aber bei der Frage, wer die Nichterfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO einwenden und gerichtlich geltend machen kann. Bei dem von der herrschenden Meinung bejahten Rechtsschutz über die (Vollstreckungs-)Erinnerung nach § 766 ZPO und die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO sind sowohl der Drittschuldner als auch der Vollstreckungsschuldner erinnerungs- bzw. beschwerdebefugt und können die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bestreiten.¹²⁰ Ist hingegen, wie von der anderen Ansicht befürwortet, die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO lediglich im Einziehungsprozess zu thematisieren, so kann deren Vorliegen dort nur vom Drittschuldner als Gegner des Vollstreckungsgläubigers im Einziehungsprozess bestritten werden. Der Vollstreckungsschuldner hingegen ist am Einziehungsprozess nicht beteiligt und hat daher keine Möglichkeit, die Nichterfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu rügen.¹²¹ Entscheidend für eine Bewertung der Konsequenzen der beiden Ansichten für den Rechtsschutz ist also die Frage, ob auch der Vollstreckungsschuldner befugt sein soll, die Nichterfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO gerichtlich geltend zu machen.

Wie ausgeführt,¹²² ist diese Frage zu bejahen. § 852 Abs. 1 ZPO gebietet es, dem Pflichtteilsanspruchsinhaber als Vollstreckungsschuldner die gerichtliche Geltendmachung seiner Entscheidungsfreiheit zu ermöglichen. Wäre die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nur im Einziehungsprozess zu überprüfen, so läge die gerichtliche Geltendmachung der von § 852 Abs. 1 ZPO geschützten Entscheidungsfreiheit allein in den Händen des Schuldners des Pflichtteilsanspruchs als Drittschuldner; der Pflichtteilsanspruchsinhaber selbst als Vollstreckungsschuldner wäre hiervon ausgeschlossen. Dies wäre in mehrerlei Hinsicht bedenklich. Da die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO im Einziehungsprozess nicht von Amts wegen, sondern nur auf Bestreiten durch den Drittschuldner gerichtlich zu überprüfen ist,¹²³ bestünde einerseits die Gefahr, dass ein nicht ausreichend informierter und unvorbereitet mit dem Einziehungsprozess konfrontierter Drittschuldner voreilig auf den gepfändeten Pflichtteilsanspruch an den Vollstreckungsgläubiger leistet und das rechtzeitige Bestreiten der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO unbeabsichtigt unterlässt.¹²⁴ Zum anderen ist es denkbar, dass der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs bewusst andere Interessen verfolgt als der Pflichtteilsan-

¹²⁰ Engelmann, S. 24.

¹²¹ Engelmann, S. 24. Offenlassend, ob in diesem Fall „nicht dem Schuldner das Recht zuzugestehen ist, der Verwertung des Pflichtteilsanspruchs vor Bedingungseintritt entgegenzutreten“, Musielak, ZEV 2009, 249 (250), der freilich der prozessualen Grundlage einer solchen Möglichkeit nicht weiter nachgeht.

¹²² Oben unter § 4.IV.3.b)bb) (S. 78).

¹²³ BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 20). Hingegen wohl für eine Prüfung von Amts wegen Greve, ZIP 1996, 699 (701).

¹²⁴ BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 20); Hintzen, WuB VI D. § 852 ZPO 1.09, 571 (573).

spruchsinhaber und gegen den erklärten Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers an den Vollstreckungsgläubiger zahlt.¹²⁵ Die sich mittelbar aus dem Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO ergebende Notwendigkeit, dem Pflichtteilsanspruchsinhaber eine Möglichkeit einzuräumen, die Wahrung seiner Entscheidungsfreiheit gerichtlich durchzusetzen und die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gegen seinen Willen gerichtlich zu verhindern, spricht somit dafür, die Überweisung des gepfändeten Pflichtteilsanspruchs mit der herrschenden Meinung erst nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zuzulassen.¹²⁶

(3) Praktikabilitätserwägungen

Der herrschenden Meinung kann auch kaum der Einwand entgegengehalten werden, dass die aus ihr resultierenden Konsequenzen für den Rechtsschutz kompliziert und wenig sachgerecht seien.¹²⁷ Zwar trifft es zu, dass der sich bereits im Einziehungsprozess vor dem Prozessgericht befindende Drittschuldner gegen den Überweisungsbeschluss nach der herrschenden Meinung gesondert vor dem Vollstreckungsgericht vorzugehen und gegebenenfalls mehrere Verfahren parallel zu führen hat.¹²⁸ Die damit verbundenen Schwierigkeiten sind aber logische Konsequenz des austarierten und etablierten Rechtsschutzsystems in der Zwangsvollstreckung. Insgesamt ist die herrschende Ansicht, derzufolge der Überweisungsbeschluss erst nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 2 ZPO ergehen darf, als interessengerecht und praktikabel anzusehen.¹²⁹

Vorzugswürdig erscheint es dabei sogar, dem Drittschuldner auch nicht ausnahmsweise die Geltendmachung der Nichterfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zusätzlich auch im Einziehungsprozess zu gestatten. Selbst wenn man grundsätzlich eine ausnahmsweise Berücksichtigung von auf materiellem Recht beruhenden Pfändungsbeschränkungen im Einziehungsprozess befürwortet, dürfte mit dem Reichsgericht doch festzuhalten sein, dass die freie Übertragbarkeit des Pflichtteilsanspruchs materiell-rechtlich wegen § 2317 Abs. 2 Var. 2 BGB außer Frage steht und die Pfändungsbeschränkung des § 852 Abs. 1 ZPO, anders etwa als diejenige des § 851 ZPO i.V.m. § 399 ZPO, ihrem Wesen nach zwangsvollstreckungsrechtlicher und damit prozessualer Natur ist.¹³⁰ Indem dem Drittschuldner die Möglichkeit der Geltendmachung der Nichterfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO im Einziehungsprozess vor dem Prozessgericht verwehrt wird und er diese folglich wie der Vollstreckungsschuldner nur im Wege der (Vollstreckungs-)Erinnerung nach § 766 ZPO oder der sofortigen Beschwerde nach § 793 Abs. 1 ZPO vor dem

¹²⁵ *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 216 f.

¹²⁶ *Musielak*, ZEV 2009, 249 (250); *Engelmann*, S. 24; *Herzog*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 148 f.

¹²⁷ So aber *Greve*, ZIP 1996, 699 (700).

¹²⁸ Vgl. oben unter § 4.IV.3.b)bb)(1) (S. 79).

¹²⁹ *Musielak*, ZEV 2009, 249 (250).

¹³⁰ RG, Urt. v. 03.06.1918 – IV 11/18, RGZ 93, 74 (78).

Vollstreckungsgericht erheben kann, wird zugleich der Gefahr sich widersprechender Entscheidungen vorgebeugt; diese Gefahr bestünde, wenn sowohl das Vollstreckungsgericht als auch das Prozessgericht parallel über die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu befinden hätten.

cc) Ergebnis

Für die Entscheidung der Frage, ob die Überweisung des gepfändeten Pflichtteilsanspruchs schon vor oder erst nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zuzulassen ist, hat die obige Betrachtung gezeigt, dass der unmittelbare Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO, die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs zu gewährleisten, in beiden Fällen gewahrt ist. Sind von daher beide Ansichten vertretbar, so sprechen freilich auf den ersten Blick Gründe der Einheitlichkeit und der Einfachheit dafür, Pfändung und Überweisung des Pflichtteilsanspruchs nicht ohne Not unterschiedlich zu behandeln, sondern beide unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zuzulassen und dem Vollstreckungsgläubiger somit die Möglichkeit einzuräumen, ohne Darlegung der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO einen einheitlichen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss (PfÜB) zu erlangen.¹³¹

Bei näherem Hinsehen hat sich jedoch gezeigt, dass der Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO, die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers zu schützen, nur dann effektiv gewahrt ist, wenn dem Pflichtteilsanspruchsinhaber eine Möglichkeit zu Gebote steht, dem Schutz seiner Entscheidungsfreiheit gerichtlich zur Geltung zu verhelfen. Die Betrachtung der Auswirkung der beiden Ansichten auf das Rechtsschutzsystem hat ergeben, dass eine solche Möglichkeit nicht besteht, wenn man die Überweisung des gepfändeten Pflichtteilsanspruchs bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zulässt und die gerichtliche Überprüfung der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO auf den Einziehungsprozess beschränkt, an welchem der Pflichtteilsanspruchsinhaber als Vollstreckungsschuldner nicht beteiligt ist. Sieht man jedoch mit der herrschenden Meinung die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO als prozessuale Voraussetzung für den Erlass eines Überweisungsbeschlusses mit der Folge an, dass diese Voraussetzung im Wege der (Vollstreckungs-)Erinnerung nach § 766 ZPO oder der sofortigen Beschwerde nach § 793 Abs. 1 ZPO von dem Vollstreckungsgericht zu überprüfen ist, so können diese Rechtsmittel sowohl vom Drittschuldner als auch vom Vollstreckungsschuldner eingelegt werden. Allein diese herrschende Ansicht gewährleistet daher, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber als Vollstreckungs-

¹³¹ LG Münster, Beschl. v. 01.03.2006 – 5 T 1185/05, NJW-RR 2006, 1020 (Juris-Rn. 4 = S. 1021); Greve, ZIP 1996, 699 (701); Keim, ZEV 1998, 127 (128); Klumpp, ZEV 1998, 123 (125); Ahrens, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 9; Kemper, in: Saenger, § 852 Rn. 4.

schuldner seine Entscheidungsfreiheit auch gerichtlich durchsetzen kann. Da § 852 Abs. 1 ZPO bei näherer Betrachtung eine solche Rechtsschutzgewährungspflicht für den Pflichtteilsanspruchsinhaber beinhaltet, ist somit nur die herrschende Ansicht, nach welcher die Überweisung des gepfändeten Pflichtteilsanspruchs erst nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgen darf, als sachgerecht und daher vorzugswürdig anzusehen.

Dies bedeutet, dass der Vollstreckungsgläubiger in seinem Antrag auf Erlass eines Überweisungsbeschlusses die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO schlüssig darzulegen hat.¹³² Freilich wird der Vollstreckungsgläubiger häufig nicht wissen, ob der für ihn gepfändete Pflichtteilsanspruch bereits rechtshängig gemacht oder durch Vertrag anerkannt worden ist. Die hierfür erforderliche Kenntnis kann er sich aber in analoger Anwendung des § 836 Abs. 3 ZPO vom Vollstreckungsschuldner verschaffen.¹³³ Da die Voraussetzungen dieser Analogie unschwer zu bejahen sind, spricht es im Übrigen auch nicht gegen die herrschende Meinung, dass nach der anderen Ansicht, die einen Überweisungsbeschluss bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zulässt, § 836 Abs. 3 ZPO ab erfolgter Überweisung unmittelbar angewandt werden kann.¹³⁴

Legt der Vollstreckungsgläubiger die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bereits mit seinem Antrag auf Pfändung des Pflichtteilsanspruchs dar, ist ein einheitlicher Pfändungs- und Überweisungsbeschluss (PfÜB) zu erlassen. Ist ihm die Darlegung zu diesem Zeitpunkt noch nicht möglich, ist der Pflichtteilsanspruch zunächst nur zu pfänden. Erst wenn der Vollstreckungsgläubiger die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vorträgt, ist ihm der bereits gepfändete Pflichtteilsanspruch dann in einem gesonderten Beschluss zu überweisen.

4. Rechtswirkungen der Zwangsvollstreckung

Akzeptiert man mit der herrschenden Meinung die Möglichkeit der Pfändung eines in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Anspruchs und lässt man folglich die Pfändung des Pflichtteilsanspruchs unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu, ist zu untersuchen, welche Rechtswirkungen einer derartigen Pfändung sowie der – nach der

¹³² BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 18); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (177); *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 3; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 15, 21; *Riedel*, in: BeckOK-ZPO, § 852 Rn. 7.

¹³³ BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 21); *Behr*, Jur-Büro 1996, 65 (66); *Goltzsche*, DNotZ 2009, 865 (865 f.); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (177 f.); *Musielak*, ZEV 2009, 249 (250); *Firsching/Graf*, Rn. 1.439; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 3; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 21; *Riedel*, in: BeckOK-ZPO, § 852 Rn. 7.

¹³⁴ So aber *Greve*, ZIP 1996, 699 (701); *Keim*, ZEV 1998, 127 (128); *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (125).

hier befürworteten Ansicht erst nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO möglich – Überweisung des Pflichtteilsanspruchs zukommen.

a) Pfändung

Hinsichtlich der Pfändung des in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Pflichtteilsanspruchs fragt sich, inwiefern dadurch ein Pfandrecht begründet wird. Ferner ist die mit der Pfändung einhergehende Einschränkung der Befugnisse des Pflichtteilsanspruchsinhabers näher in den Blick zu nehmen.

Da nach der einschränkenden Auslegung des § 852 Abs. 1 ZPO die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht Voraussetzung für die Pfändung des Pflichtteilsanspruchs ist, treten die Rechtswirkungen der Pfändung unabhängig davon ein, ob der Pflichtteilsanspruch zum Zeitpunkt der Pfändung bereits durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Die vor der Rechtsprechungsänderung aus dem Jahr 1993 diskutierte Frage, ob die nachträgliche Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO mit Wirkung *ex tunc* oder *ex nunc* zu einer Heilung der Pfändung führt,¹³⁵ ist daher gegenstandslos geworden.¹³⁶

aa) Pfandrecht

Ungeachtet des Streits über die Rechtsnatur des Pfandrechts entsteht nach allen dazu vertretenen Ansichten mit der Pfändung des Pflichtteilsanspruchs nach § 804 Abs. 1, Abs. 2 ZPO ein Pfändungspfandrecht des Vollstreckungsgläubigers. Der Rang dieses Pfandrechts richtet sich dabei nach einhelliger Ansicht nach dem Zeitpunkt der Pfändung, die gemäß § 829 Abs. 3 ZPO mit Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner des Pflichtteilsanspruchs wirksam wird.¹³⁷

Hatte der Bundesgerichtshof in seiner Ausgangsentscheidung aus dem Jahr 1993 zunächst von noch einer „*Rückbeziehung des vollen Pfandrechts auf [diesen] Zeitpunkt*“ gesprochen und den Rang des Pfändungspfandrechts aus dem

¹³⁵ Vgl. dazu etwa OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.03.1930 – I Z B S 4/30, HRR 1930, Entscheidung 1164 (S. 2); *Windel*, KTS 1995, 367 (383) m.w.N.

¹³⁶ *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1771 mit Fn. 8). Nach *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 13 soll die Frage im Hinblick auf die Verwertungs Voraussetzungen weiterhin von Bedeutung sein. Nach dem hier vertretenen Verständnis des § 852 Abs. 1 ZPO stellt sich die Frage jedoch auch dort nicht.

¹³⁷ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 17 = S. 189 f.); BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 (Rn. 7); *Hannich*, S. 93–95; *Grziwotz*, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, § 2317 Rn. 30; *Stöber*, Rn. 271; *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 145; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 21; *Riedel*, in: BeckOK-ZPO, § 852 Rn. 3; *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 852 Rn. 6.

Rechtsgedanken des § 161 Abs. 1 und des § 1209 BGB begründet,¹³⁸ erweist sich dies bei näherer Betrachtung als nicht nötig: Tatsächlich entsteht nach den obigen Ausführungen¹³⁹ nämlich bereits mit der Pfändung des Pflichtteilsanspruchs ein vollwertiges, uneingeschränktes und umfassendes Pfandrecht. Lediglich die zwangsweise Verwertbarkeit des Gegenstands, auf den sich das Pfandrecht bezieht, ist gegebenenfalls aufschiebend bedingt. Es bedarf daher keiner Rückbeziehung des Pfandrechts auf den Zeitpunkt der Pfändung; vielmehr folgen der Rang des Pfändungspfandrechts und die rangwahrende Wirkung der Pfändung unmittelbar aus § 804 Abs. 4 ZPO.¹⁴⁰

Freilich ermöglicht das mit der Pfändung begründete Pfandrecht dem Vollstreckungsgläubiger noch nicht die Verwertung des Pflichtteilsanspruchs, sondern hat als solches nur Sicherungs- und Erhaltungsfunktion.¹⁴¹

bb) Befugnisse des Pflichtteilsanspruchsinhabers

Die Pfändung des Pflichtteilsanspruchs ändert nichts an der Inhaberschaft des Vollstreckungsschuldners an dem gepfändeten Pflichtteilsanspruch.¹⁴² Fraglos steht dem Pflichtteilsanspruchsinhaber damit weiterhin der Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch aus § 2314 Abs. 1 BGB zu. Eine Einschränkung seiner Befugnisse zur Einwirkung auf den gepfändeten Pflichtteilsanspruch ergibt sich aber daraus, dass nach § 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO im Pfändungsbeschluss gegen den Pflichtteilsanspruchsinhaber als Vollstreckungsschuldner das Verbot auszusprechen ist, über den gepfändeten Pflichtteilsanspruch zu verfügen (*Inhibitorium*). Einhellig wird der Wortlaut des § 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO als zu weitgehend erachtet.¹⁴³ Da das Inhibitorium allein dem Schutz des Pfändungspfandrechts des Vollstreckungsgläubigers dient, sind dem Vollstreckungsschuldner nur jene Verfügungen verboten, welche die Rechtsposition des Vollstreckungsgläubigers beeinträchtigen, also etwa Verzicht, Erlass, Stundung, Abtretung, Verpfändung oder Aufrechnung.¹⁴⁴ Trifft der Vollstreckungsschuldner solch eine beeinträchtigende Verfügung, so ist diese nach § 135 Abs. 1 Satz 1, § 136 BGB – nur und immerhin – dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber relativ unwirksam.¹⁴⁵ Von vornherein nicht verboten sind dem Vollstreckungsschuldner Verfügungen, welche die Rechtsposition des Vollstreckungsgläubigers nicht beeinträchtigen, sondern möglicherweise sogar dem Erhalt der gepfändeten Forderung oder der

¹³⁸ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 17 = S. 189 f.).

¹³⁹ Oben unter § 4.IV.2.c) (S. 71).

¹⁴⁰ *Hannich*, S. 95–97.

¹⁴¹ *Hannich*, S. 97–101; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 21.

¹⁴² Vgl. nur *Bendtsen*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 829 Rn. 100.

¹⁴³ BGH, Urt. v. 12.07.1968 – V ZR 29/66, NJW 1968, 2059 (Juris-Rn. 12 = S. 2060); *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 829 Rn. 49.

¹⁴⁴ *Stöber*, Rn. 559; *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 829 Rn. 50.

¹⁴⁵ BGH, Urt. v. 22.12.1971 – VIII ZR 162/70, BGHZ 58, 25 (Juris-Rn. 8 = S. 26 f.); *Stöber*, Rn. 560; *Bendtsen*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 829 Rn. 101; *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 829 Rn. 51 f.

Förderung ihrer Durchsetzbarkeit dienen (etwa die Hemmung der Verjährung oder die Anmeldung der Forderung zur Insolvenztabelle).¹⁴⁶ Erlaubt und wirksam sind ferner auch beeinträchtigende Verfügungen, die mit Zustimmung des Vollstreckungsgläubigers erfolgen.¹⁴⁷ Es ist zu fragen, was diese Grundsätze für die Befugnisse des Pflichtteilsanspruchsinhabers – insbesondere hinsichtlich seiner Möglichkeiten, die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu bewirken¹⁴⁸ oder auf seinen Pflichtteilsanspruch (teilweise) zu verzichten, – bedeuten.

(1) Anerkennung durch Vertrag und Rechtshängigmachen des Pflichtteilsanspruchs

Da mit der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag oder mit der Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs dem Vollstreckungsgläubiger die Verwertung des Pflichtteilsanspruchs ermöglicht wird, ist im Ergebnis klar, dass diese im Interesse des Vollstreckungsgläubigers liegenden Handlungen des Pflichtteilsanspruchsinhabers nicht aufgrund des Inhibitoriums nach § 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO untersagt sein können.¹⁴⁹ Teilweise wird dafür eine Einschränkung der Wirkungen des § 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO gefordert.¹⁵⁰ Richtigerweise ist eine solche Einschränkung jedoch gar nicht erforderlich, da durch das Inhibitorium dem Schuldner nur solche Verfügungen verboten sind, die das gepfändete Recht des Gläubigers oder das Pfandrecht selbst beeinträchtigen würden;¹⁵¹ mit Einwilligung des Gläubigers sind sogar diesem nachteilige Verfügungen des Pflichtteilsanspruchsinhabers zulässig und wirksam.¹⁵² Danach werden sowohl die Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag als auch dessen Rechtshängigmachen von vornherein nicht von den Rechtswirkungen des Inhibitoriums erfasst. Bei der – allein schuldrechtlichen – Anerkennung durch Vertrag¹⁵³ ist nicht ersichtlich, inwiefern diese eine nach dem Inhibitorium un-

¹⁴⁶ BGH, Urt. v. 12.07.1968 – V ZR 29/66, NJW 1968, 2059 (Juris-Rn. 12 = S. 2060); BGH, Urt. v. 27.06.1985 – I ZR 136/83, DB 1986, 960 (Juris-Rn. 12 = S. 960); BGH, Urt. v. 05.04.2001 – IX ZR 441/99, BGHZ 147, 225 (Juris-Rn. 20 = S. 229); *Stöber*, Rn. 561; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 829 Rn. 18; *Kemper*, in: Saenger, § 829 Rn. 29.

¹⁴⁷ *Stöber*, Rn. 560; *Bendtsen*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 829 Rn. 101.

¹⁴⁸ Zum genauen Verständnis der Tatbestandsmerkmale der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag und der Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs vgl. unten unter § 4.V. (S. 91).

¹⁴⁹ *Wax*, LM § 852 ZPO Nr. 1 (11/1993), 2067 (2067r); *Lehmann*, S. 159; *Hannich*, S. 80 f.; *Lange/Kuchinke*, § 37 VIII 2 b.

¹⁵⁰ *Wax*, LM § 852 ZPO Nr. 1 (11/1993), 2067 (2067r); wohl auch *Lehmann*, S. 159.

¹⁵¹ BGH, Urt. v. 12.07.1968 – V ZR 29/66, NJW 1968, 2059 (Juris-Rn. 12 = S. 2060); BGH, Urt. v. 05.04.2001 – IX ZR 441/99, BGHZ 147, 225 (Juris-Rn. 20 = S. 229); *Jost*, JR 2002, 237 (237); *Stöber*, Rn. 559; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 829 Rn. 18; *Brehm*, in: Stein/Jonas, § 829 Rn. 90; *Riedel*, in: BeckOK-ZPO, § 829 Rn. 110.

¹⁵² *Stöber*, Rn. 560; *Brehm*, in: Stein/Jonas, § 829 Rn. 90.

¹⁵³ Vgl. zu diesem Tatbestandsmerkmal ausführlich unten unter § 4.V.2. (S. 96).

tersagte Verfügung über den gepfändeten Pflichtteilsanspruch darstellen sollte. Hinsichtlich des Rechtshängigmachens des Pflichtteilsanspruchs¹⁵⁴ durch den (ursprünglichen) Pflichtteilsanspruchsinhaber ist zu berücksichtigen, dass dieser auch nach der Pfändung weiterhin Inhaber des Anspruchs bleibt. Ohne Weiteres zulässig und begründet ist daher zumindest eine Klage auf Feststellung des Bestehens des Pflichtteilsanspruchs.¹⁵⁵ Auch eine Leistungsklage des Pflichtteilsanspruchsinhabers ist nach Pfändung weiterhin zulässig. Begründet ist sie freilich nur, wenn der Vollstreckungsschuldner auf Hinterlegung,¹⁵⁶ auf Leistung an ihn selbst und den Vollstreckungsgläubiger gemeinsam, auf Leistung an den Vollstreckungsgläubiger¹⁵⁷ oder, soweit der gepfändete Anspruch über die Forderung des Vollstreckungsgläubigers hinausgeht, nach § 259 ZPO¹⁵⁸ auf Leistung an sich selbst klagt.¹⁵⁹

(2) Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch

Untersagt sind dem Pflichtteilsanspruchsinhaber nach dem Wortlaut des im Pfändungsbeschluss auszusprechenden Inhibitoriums aber sämtliche Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch. Dazu zählen neben der Einziehung insbesondere die Abtretung und die Belastung des Pflichtteilsanspruchs mit einem Pfandrecht. Derartige Handlungen beeinträchtigen den Vollstreckungsgläubiger im Zugriff auf den gepfändeten Pflichtteilsanspruch und sind ihm gegenüber daher nach § 135 Abs. 1 Satz 1, § 136 BGB relativ unwirksam.¹⁶⁰ Dies gilt unabhängig von der Frage, ob in der Abtretung oder Verpfändung des Pflichtteilsanspruchs zugleich die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu sehen ist.¹⁶¹ Der Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO erfordert es jedenfalls nicht, Abtretung

¹⁵⁴ Vgl. zu diesem Tatbestandsmerkmal ausführlich unten unter § 4.V.1. (S. 93).

¹⁵⁵ RG, Urt. v. 26.09.1913 – III 249/13, RGZ 83, 116 (118); BGH, Urt. v. 11.06.1992 – IX ZR 255/91, BGHZ 118, 374 (Juris-Rn. 9 = S. 376); BGH, Urt. v. 05.04.2001 – IX ZR 441/99, BGHZ 147, 225 (Juris-Rn. 22 = S. 229 f.); *Jost*, JR 2002, 237 (237); *Hannich*, S. 81; *Stöber*, Rn. 564, 671; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 829 Rn. 18.

¹⁵⁶ Auf Hinterlegung kann der Vollstreckungsschuldner jedoch nur bis zur Überweisung der Forderung an den Vollstreckungsgläubiger klagen, vgl. *Stöber*, Rn. 654 Fn. 20, Rn. 671 Fn. 48.

¹⁵⁷ RG, Urt. v. 26.09.1913 – III 249/13, RGZ 83, 116 (118 f.); BGH, Urt. v. 25.03.1991 – II ZR 13/90, BGHZ 114, 138 (Juris-Rn. 9 = S. 141); BGH, Urt. v. 05.04.2001 – IX ZR 441/99, BGHZ 147, 225 (Juris-Rn. 20, 27 = S. 229, 231 f.).

¹⁵⁸ BGH, Urt. v. 05.04.2001 – IX ZR 441/99, BGHZ 147, 225 (Juris-Rn. 23–27 = S. 231 f.). Kritisch dazu *Berger*, JZ 2002, 46 (47 f.).

¹⁵⁹ *Jost*, JR 2002, 237 (237); *Hannich*, S. 82; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 829 Rn. 18; *Brehm*, in: Stein/Jonas, § 829 Rn. 97, 99; *Riedel*, in: BeckOK-ZPO, § 829 Rn. 110. Entgegen der herrschenden Meinung gegen eine Klage des Vollstreckungsschuldners aus eigenem Recht und stattdessen für die Bejahung einer gesetzlichen Prozessstandschaft *Berger*, JZ 2002, 46 (47).

¹⁶⁰ *Bartels*, KTS 2003, 41 (46); *Lehmann*, S. 130; *Hannich*, S. 78–80; *Lange/Kuchinke*, § 37 VIII 2 b. Nicht berechtigt ist daher die bei *Geitner*, S. 25 gestellte Frage, ob die Gläubigeranfechtung möglich ist, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber seinen Pflichtteilsanspruch nach bereits erfolgter Pfändung abtritt.

¹⁶¹ Vgl. dazu unten unter § 4.V.2.b) (S. 107).

und Verpfändung des Pflichtteilsanspruchs auch dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber als wirksam anzusehen.¹⁶²

Auch der Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch durch Erlassvertrag nach § 397 Abs. 1 BGB stellt eine Verfügung über den Pflichtteilsanspruch dar, die grundsätzlich aufgrund des Inhibitoriums dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber relativ unwirksam sein müsste.¹⁶³ Nach der oben dargestellten einschränkenden Auslegung des Inhibitoriums ist die Unwirksamkeitsfolge jedoch nur für derartige Verfügungen geboten, welche den Vollstreckungsgläubiger beeinträchtigen. Fraglich ist also, ob der Verzicht den Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers bei seinem späteren Zugriff auf diesen Anspruch beeinträchtigen kann. Diese Frage wird in der Literatur vornehmlich im Rahmen der Anfechtbarkeit des Verzichts nach dem Anfechtungsgesetz behandelt, sodass auf die Diskussion der Frage in jenem Zusammenhang verwiesen werden kann.¹⁶⁴ Festzuhalten ist hier als Ergebnis, dass der Verzicht nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO¹⁶⁵ nach einhelliger Auffassung den Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers beeinträchtigt und daher dem Inhibitorium unterfällt.¹⁶⁶ Für den Verzicht vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ist richtigerweise davon auszugehen, dass er Bestandteil der von § 852 Abs. 1 ZPO geschützten Entscheidungsfreiheit ist, weil der Pflichtteilsanspruchsinhaber ein berechtigtes Interesse daran haben kann, seinen Pflichtteilsanspruch nicht nur dauerhaft nicht geltend zu machen, sondern sogar den Schuldner des Pflichtteilsanspruchs mit sofortiger Wirkung endgültig aus der Haftung zu entlassen.¹⁶⁷ Entgegen einer vereinzelt geäußerten Ansicht¹⁶⁸ ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, dass vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO der Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch vom Inhibitorium nach § 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht erfasst wird und dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber mithin auch nach Pfändung des Pflichtteilsanspruchs auf diesen noch durch Erlassvertrag nach § 397 BGB verzichten kann.¹⁶⁹

Zu untersuchen bleibt, ob dies ebenso auch für den Teilverzicht auf den Pflichtteilsanspruch gilt. Auch hierfür ist auf die unten zur Anfechtbarkeit des

¹⁶² *Bartels*, KTS 2003, 41 (46); *Hannich*, S. 78–80.

¹⁶³ *Harder*, WuB VI E. § 852 ZPO 1.94, 219 (222).

¹⁶⁴ Unten auf. S. 145.

¹⁶⁵ Vgl. zu der Frage, ob der Verzicht selbst die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bedeutet, unten unter § 4.V.2.a)bb)(2) (S. 100).

¹⁶⁶ So ausdrücklich auch *Hannich*, S. 85.

¹⁶⁷ Vgl. unten unter § 5.II.1.a) (S. 147) und *Hannich*, S. 84 f.

¹⁶⁸ *Harder*, WuB VI E. § 852 ZPO 1.94, 219 (222), der deshalb in der Zulassung der Pfändung des in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Pflichtteilsanspruchs durch die Rechtsprechung eine Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers sieht.

¹⁶⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.03.1999 – 7 U 143/98, FamRZ 2000, 367 (Juris-Rn. 26 = S. 368); *Hannich*, S. 82 ff.; *Dieckmann*, in: Soergel, § 2317 Rn. 17; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 20.

Teilverzichts auf den Pflichtteilsanspruch nach dem Anfechtungsgesetz ange-
stellten Erwägungen zu verweisen.¹⁷⁰ Danach ist auch der nur teilweise Ver-
zicht auf den Pflichtteilsanspruch als Bestandteil der Entscheidungsfreiheit des
Pflichtteilsanspruchsinhabers durch § 852 Abs. 1 ZPO geschützt. Nach Erfül-
lung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ist somit auch der teilwei-
se Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch vom Inhibitorium nach § 829 Abs. 1
Satz 2 ZPO erfasst und gemäß § 135 Abs. 1 Satz 1, § 136 BGB dem Vollstre-
ckungsgläubiger gegenüber relativ unwirksam. Vor Erfüllung der Voraussetzungen
des § 852 Abs. 1 ZPO hingegen kann der Pflichtteilsanspruchsinhaber, wie
von der herrschenden Meinung bejaht,¹⁷¹ auch nach Pfändung des Pflichtteils-
anspruchs noch wirksam auch nur auf einen Teil seines Pflichtteilsanspruchs
verzichten.¹⁷² Dieses Ergebnis ist deshalb von praktischer Relevanz, weil der
teilweise Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch regelmäßig Bestandteil eines Ver-
gleichs über diesen ist. Folglich nimmt vor anderweitiger Erfüllung der Voraus-
setzungen des § 852 Abs. 1 ZPO das mit der Pfändung des Pflichtteilsanspruchs
verbundene Inhibitorium dem Pflichtteilsanspruchsinhaber nicht die Befugnis,
sich mit dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs über diesen zu vergleichen.¹⁷³

b) Überweisung

Hinsichtlich der Rechtswirkungen der Überweisung des gepfändeten Pflicht-
teilsanspruchs zur Einziehung an den Vollstreckungsgläubiger ist festzuhalten,
dass die Überweisung zur Einziehung zwar Voraussetzung für die Geltendma-
chung des Pflichtteilsanspruchs durch den Vollstreckungsgläubiger gegenüber
dem Drittschuldner ist, gleichzeitig aber an der Anspruchsinhaberschaft und
den prozessualen Befugnissen des Pflichtteilsanspruchsinhabers nichts ändert.
Dieser kann also weiterhin die Anerkennung seines Pflichtteilsanspruchs durch
Vertrag herbeiführen oder ihn rechtshängig machen.¹⁷⁴ Ferner kann er weiter-
hin seinen Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch aus § 2314 Abs. 1 BGB
geltend machen.

¹⁷⁰ Vgl. unten unter § 5.II.1.b) (S. 149).

¹⁷¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.03.1999 – 7 U 143/98, FamRZ 2000, 367 (Juris-Rn. 26 = S. 368); *Hannich*, S. 82–85; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 20.

¹⁷² Vgl. zu der Frage, inwiefern im teilweisen Verzicht eine Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu sehen ist, unten unter § 4.V.2.a)bb)(2) (S. 101).

¹⁷³ OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.03.1999 – 7 U 143/98, FamRZ 2000, 367 (Juris-Rn. 26 = S. 368); *Hannich*, S. 82–85; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 20; *Stöber*, Rn. 273b. Die von *Stöber* offengelassene Frage, ob dies auch nach Eintritt der Rechts-
hängigkeit des Pflichtteilsanspruchs gilt, ist nach dem oben Ausgeführten, ebenso wie für die
anderen Varianten der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO, ohne Weiteres
zu verneinen, weil dann eindeutig eine Beeinträchtigung der Zugriffsmöglichkeit des Vollstre-
ckungsschuldners vorliegt.

¹⁷⁴ Vgl. dazu bereits oben unter § 4.IV.4.a)bb)(1) (S. 87).

Bei der Darstellung des Ablaufs der Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch wurde erörtert, dass die Überweisung des Pflichtteilsanspruchs zur Einziehung an den Vollstreckungsgläubiger nach vorzugswürdiger Auffassung erst ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgen darf und dass die Überprüfung der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ausschließlich den zwangsvollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen gegen den Überweisungsbeschluss, mithin der (Vollstreckungs-)Erinnerung nach § 766 ZPO oder der sofortigen Beschwerde nach § 793 Abs. 1 ZPO, vorbehalten ist.¹⁷⁵ Damit kommt der wirksamen – wenn auch anfechtbaren – Überweisung des Pflichtteilsanspruchs zur Einziehung die Rechtswirkung zu, den Vollstreckungsgläubiger zur Einziehung des gepfändeten Pflichtteilsanspruchs vom Drittschuldner zu ermächtigen, ohne dass im Einziehungsprozess die Frage nach der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO thematisiert werden könnte.

V. „Durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden“ – *Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO*

Unabhängig von einer einschränkenden Auslegung der Rechtsfolgen des § 852 Abs. 1 ZPO bereitet auch die Auslegung der in § 852 Abs. 1 ZPO enthaltenen Tatbestandsmerkmale der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag und der Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs einige Schwierigkeiten.

Anerkanntermaßen ist es Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO, die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs gegenüber seinen Gläubigern zu schützen; gegen oder ohne den Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers soll dessen Gläubigern der Zugriff auf den Pflichtteilsanspruch verwehrt sein.¹⁷⁶ Diesem Normzweck entsprechend würde für die Geltendmachung des Anspruchs an sich schon die einfache Erklärung des Pflichtteilsanspruchsinhabers genügen, seinen Pflichtteilsanspruch durchsetzen zu wollen.¹⁷⁷ Zum Schutz des Pflichtteilsanspruchsinhabers vor übereilter Preisgabe des Pflichtteilsanspruchs an seine Gläubiger¹⁷⁸ und aus Gründen der Rechtssicherheit¹⁷⁹ ist es jedoch geboten, gesteigerte formelle Anforderungen an die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs zu stellen. Dies hatte bereits der historische Gesetzgeber erkannt¹⁸⁰ und war daher bemüht, besondere Tatbestände zu normieren, „aus denen auf den Willen des Berechtigten, von dem Pflichttheilsrechte Gebrauch machen zu wollen, mit

¹⁷⁵ Oben unter § 4.IV.3.b) (S. 76) mit dem Ergebnis unter § 4.IV.3.b)cc) (S. 83).

¹⁷⁶ Vgl. oben unter § 4.II. (S. 61).

¹⁷⁷ *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2.

¹⁷⁸ *Zeranski*, NotBZ 2001, 19 (21).

¹⁷⁹ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 14 = S. 187–189); *Zeranski*, NotBZ 2001, 19 (21).

¹⁸⁰ Vgl. zur Entstehungsgeschichte des § 852 Abs. 1 ZPO oben unter § 4.I. (S. 58).

Sicherheit geschlossen werden“ kann.¹⁸¹ War in einer früheren Fassung der Norm nur von der gerichtlichen oder außergerichtlichen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs die Rede gewesen, wurde die Formulierung noch vor Verabschiedung des BGB hin zu den noch heute in § 852 Abs. 1 ZPO enthaltenen Merkmalen der Anerkennung durch Vertrag oder der Rechtshängigkeit geändert. Der Gesetzgeber war der Meinung, dass in diesen Fällen „*der Berechtigte durch die gerichtliche oder außergerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zu erkennen gegeben habe, daß er von seinem Rechte Gebrauch machen will*“.¹⁸²

Als hilfreich für die Auslegung der beiden Tatbestandsmerkmale des § 852 Abs. 1 ZPO kann sich ein Vergleich mit zwei – inzwischen nicht mehr existierenden – parallelen Vorschriften des BGB erweisen: So gewährte bis zum Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung am 1. Januar 2002 § 847 Abs. 1 BGB a.F. dem durch Verletzung des Körpers oder der Gesundheit oder durch Freiheitsentziehung Geschädigten einen deliktsrechtlichen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens. Ferner ergab sich aus § 847 Abs. 2 BGB a.F. für weibliche Opfer bestimmter Sexualdelikte ein immaterieller Schadensersatzanspruch. Für beide Ansprüche galt bis 30. Juni 1990 die in § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. verankerte Regelung: „*Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtshängig geworden ist.*“ Sinn dieser Regelung war es, wegen der persönlichen Natur des Anspruchs nur dem Geschädigten die Entscheidungsbefugnis über die Geltendmachung des Anspruchs zukommen zu lassen.¹⁸³ Dass diese Entscheidung in der im Gesetz vorgesehenen Form ausgeübt werden musste, diente der Rechtssicherheit. Der Gesetzgeber wollte die Notwendigkeit vermeiden, Angehörige der den Anspruch geltend machenden Erben oder sonstige Dritte als Zeugen darüber zu vernehmen, ob der Geschädigte seinen Wunsch zur Anspruchsgeltendmachung zum Ausdruck gebracht hat.¹⁸⁴ Rechtlich vergleichbar gewährte § 1300 Abs. 1 BGB a.F. in der bis 30. Juni 1998 geltenden Fassung einer unbescholtenen Verlobten, die ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet hatte, unter bestimmten Bedingungen bei Rücktritt vom Verlöbnis einen immateriellen Schadensersatzanspruch gegen den Verlobten (sogenanntes Kranzgeld), der nach § 1300 Abs. 2 BGB a.F. ebenfalls nur dann übertragbar und vererblich war, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden war.

Nicht zu verkennen ist freilich, dass in § 847 Abs. 1 BGB a.F. und § 1300 Abs. 2 BGB a.F. die Übertragbarkeit und die Vererbbarkeit des Anspruchs von dessen Anerkennung durch Vertrag oder Rechtshängigkeit abhingen, wohingegen § 852 Abs. 1 ZPO die – als Verwertbarkeit zu verstehende¹⁸⁵ – Pfändbarkeit

¹⁸¹ Mugdan, S. 784 (Protokolle).

¹⁸² Hahn/Mugdan, S. 159 (Begründung der Novelle zur CPO).

¹⁸³ BGH, Urt. v. 19.09.1967 – VI ZR 82/66, NJW 1967, 2304 (Juris-Rn. 13 = S. 2304 f.); BGH, Urt. v. 16.01.1973 – VI ZR 197/71, NJW 1973, 620 (Juris-Rn. 14 = S. 620).

¹⁸⁴ BGH, Urt. v. 16.01.1973 – VI ZR 197/71, NJW 1973, 620 (Juris-Rn. 15 f. = S. 620).

¹⁸⁵ Vgl. oben unter § 4.IV.2.c) (S. 71).

beschränkt. Bei Berücksichtigung dieses Unterschieds kann für die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 852 Abs. 1 ZPO durchaus auf die Auslegung der insoweit identisch formulierten Merkmale in § 847 Abs. 1 BGB a.F. und § 1300 Abs. 2 BGB a.F. zurückgegriffen werden. Bei allen drei Normen hat die Auslegung zwischen den beiden Polen zu erfolgen, dass es einerseits allein auf den freien Willen des Anspruchsinhabers zur Geltendmachung seines Anspruchs ankommen soll, dass aber andererseits an die Äußerung dieses Willens gesteigerte formelle Anforderungen zu stellen sind.

Verhältnismäßig leicht fällt vor diesem Hintergrund die Beantwortung der – deswegen zuvorderst zu erörternden – Frage, wann ein Pflichtteilsanspruch im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO rechtshängig geworden ist. Schwieriger zu beurteilen ist sodann, wann ein Pflichtteilsanspruch im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO durch Vertrag anerkannt ist. Schließlich ist Fragen nachzugehen, die sich für beide Tatbestandsmerkmale in gleicher Weise stellen.

1. Rechtshängigkeit

Das in § 852 Abs. 1 ZPO enthaltene Tatbestandsmerkmal der Rechtshängigkeit, das die intensivste Form der Anspruchsgeltendmachung beschreibt,¹⁸⁶ ist im Grundsatz nicht anders zu verstehen als der in anderen Vorschriften der ZPO verwendete Begriff der Rechtshängigkeit. Gemäß § 261 Abs. 1, § 253 ZPO wird der Pflichtteilsanspruch mit Zustellung der Klageschrift einer Leistungs- oder Feststellungsklage¹⁸⁷ an den Beklagten rechtshängig.¹⁸⁸ Entscheidend ist allein, dass die Klage durch Zustellung der Klageschrift nach § 253 Abs. 1 ZPO wirksam erhoben ist; auf die Zulässigkeit oder Begründetheit der Klage kommt es für die Rechtshängigkeit nicht an.¹⁸⁹ Wird der Pflichtteilsanspruch im Wege der Widerklage eingefordert, so tritt die Rechtshängigkeit gemäß § 261 Abs. 2 ZPO durch Geltendmachung des Widerklageanspruchs in der mündlichen Verhandlung oder durch Zustellung eines Widerklageschriftsatzes an den Widerbeklagten ein.¹⁹⁰ Die bereits durch die Einreichung der Klageschrift bewirkte bloße Anhängig-

¹⁸⁶ *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 852 Rn. 4.

¹⁸⁷ Zu der Frage, ob auch eine unbezifferte Feststellungsklage genügt, vgl. unten unter § 4.V.3.a) (S. 113).

¹⁸⁸ *Schumann*, FS Lücke, 767 (774, 790); *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2; *Riedel*, in: BeckOK-ZPO, § 852 Rn. 11.

¹⁸⁹ BGH, Urt. v. 19.09.1967 – VI ZR 82/66, NJW 1967, 2304 (Juris-Rn. 8 = S. 2304); BGH, Urt. v. 04.10.1977 – VI ZR 5/74, BGHZ 69, 323 (Juris-Rn. 8 = S. 325 f.); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 96 Rn. 11; *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 261 Rn. 16; *Bacher*, in: BeckOK-ZPO, § 261 Rn. 6; *Becker-Eberhard*, in: MünchKomm-ZPO, § 261 Rn. 18–24; *Foerste*, in: Musielak/Voit, § 261 Rn. 2; *H. Roth*, in: Stein/Jonas, § 261 Rn. 17, § 262 Rn. 10; *Saenger*, in: Saenger, § 261 Rn. 3. Zu weiteren Einzelheiten unten unter § 8.I.3.c)aa) (S. 181).

¹⁹⁰ *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2.

keit begründet noch nicht die Rechtshängigkeit.¹⁹¹ Da bei § 852 Abs. 1 ZPO weder eine Frist gewahrt noch die Verjährung gehemmt werden soll, findet die Rückwirkungsfiktion des § 167 ZPO keine Anwendung.¹⁹²

Ist über das Vermögen des Pflichtteilsanspruchsschuldners das Insolvenzverfahren eröffnet, so wird die Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs durch dessen Anmeldung als Forderung im Insolvenzverfahren nach §§ 174 ff. InsO bewirkt.¹⁹³

Noch nicht zur Rechtshängigkeit führt die bloße Stellung eines Antrags auf Prozesskostenhilfe nach §§ 114 ff. BGB.¹⁹⁴ Auch Arrest und einstweilige Verfügung nach § 916, § 935 ZPO begründen keine Rechtshängigkeit,¹⁹⁵ da mit ihnen der Pflichtteilsanspruch nicht als solcher eingefordert, sondern lediglich gesichert wird.¹⁹⁶

Macht der Pflichtteilsanspruchsinhaber seinen Pflichtteilsanspruch im Wege des gerichtlichen Mahnverfahrens nach §§ 688 ff. ZPO geltend, so gilt der Pflichtteilsanspruch nach der Fiktion des § 700 Abs. 2 ZPO als im Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheids rechtshängig geworden, wenn der Antragsgegner nicht rechtzeitig Widerspruch erhebt und ein Vollstreckungsbescheid erlassen wird.¹⁹⁷ Erhebt der Anspruchsgegner rechtzeitig Widerspruch und wird der Rechtsstreit daraufhin nach § 696 Abs. 1 ZPO alsbald¹⁹⁸ an das Prozessgericht abgegeben, so ist nach der Fiktion des § 696 Abs. 3 ZPO für den Eintritt der Rechtshängigkeit ebenfalls die Zustellung des Mahnbescheids an den Antragsgegner maßgeblich.¹⁹⁹ Wird die Streitsache nach einem Widerspruch gegen den Mahnbescheid aber nicht alsbald an das Prozessgericht abgegeben, tritt die

¹⁹¹ *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2; *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 852 Rn. 4. So zu § 847 BGB a.F. BGH, Urt. v. 22.06.1976 – VI ZR 167/75, NJW 1976, 1890 (Juris-Rn. 6, 8 f. = S. 1890).

¹⁹² *Ahrens*, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 5.

¹⁹³ *Stöber*, Rn. 270; *Ahrens*, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 5; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 9.

¹⁹⁴ *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (174); *Stöber*, Rn. 270; *Ahrens*, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 5; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2.

¹⁹⁵ *Gottwald*, Pflichtteilsrecht, Teil III Rn. 295; *Stöber*, Rn. 270; *Ahrens*, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 5.

¹⁹⁶ *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (174); *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 9.

¹⁹⁷ Ausgelöst wird diese Fiktion nach herrschender Meinung bereits durch den Erlass und nicht erst durch die Zustellung des Vollstreckungsbescheids; *Gierl*, in: Saenger, § 700 Rn. 17; *Schüler*, in: MünchKomm-ZPO, § 700 Rn. 7; *Voit*, in: Musielak/Voit, § 700 Rn. 3.

¹⁹⁸ „Als bald“ ist dabei zu verstehen wie „demnächst“ in § 167 ZPO; BGH, Urt. v. 16.12.1987 – VIII ZR 4/87, BGHZ 103, 20 (Juris-Rn. 28 = S. 28 f.); BGH, Beschl. v. 28.02.2008 – III ZB 76/07, BGHZ 175, 360 (Rn. 11); BGH, Urt. v. 05.02.2009 – III ZR 164/08, BGHZ 179, 329 (Rn. 12); *Schüler*, in: MünchKomm-ZPO, § 696 Rn. 18; *Voit*, in: Musielak/Voit, § 696 Rn. 4.

¹⁹⁹ *Stöber*, Rn. 270; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 9.

Rechtshängigkeit nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung²⁰⁰ und nach der herrschenden Auffassung in der Literatur²⁰¹ gleichzeitig mit der Anhängigkeit des Rechtsstreits erst mit dem Eingang der Verfahrensakten bei dem Prozessgericht ein.²⁰²

Rechtshängig gemacht werden muss freilich der Pflichtteilsanspruch als solcher. Wird allein der Auskunftsanspruch aus § 2314 BGB gerichtlich verfolgt, ist darin ebenso wenig ein Rechtshängigmachen des Pflichtteilsanspruchs zu sehen wie eine Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs im erbschaftsteuerrechtlichen Sinn.²⁰³

Klar ist auch, dass es für die Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO auf das Verhalten des Pflichtteilsanspruchsinhabers ankommt. Hat der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs negative Feststellungsklage auf das Nichtbestehen des Anspruchs erhoben, ist der Pflichtteilsanspruch damit – entgegen dem Wortlaut – noch nicht rechtshängig im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO. Zu bejahen ist dieses Merkmal in einem solchen Fall vielmehr erst dann, wenn sich der Pflichtteilsanspruchsinhaber im Prozess gegen die Klage verteidigt.²⁰⁴

Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber die Rechtshängigkeit ohne Zuhilfenahme weiterer Personen selbst herbeiführt. Ausreichend ist es vielmehr, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber einem Dritten – insbesondere einem Rechtsanwalt – Vollmacht erteilt und dieser im Namen des Pflichtteilsanspruchsinhabers Klage erhebt. Ebenso ist der Pflichtteilsanspruch im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO rechtshängig geworden, wenn ein vom Pflichtteilsanspruchsinhaber hierzu ermächtigter Dritter den Pflichtteilsanspruch in gewillkürter Prozessstandschaft im eigenen Namen einklagt. Richtigerweise wird dies sogar auch dann anzunehmen sein, wenn die Prozessstandschaft mangels eigenen schutzwürdigen Interesses des Prozessstandschafters an der Rechtsverfolgung im eigenen Namen unzulässig ist. Entscheidend ist allein, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber sich mit der gerichtlichen Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs einverstanden erklärt hat und dass der Pflichtteilsanspruch dementsprechend rechtshängig gemacht worden ist. Fraglich ist, ob es nach dem Schutzzweck des § 852 Abs. 1 ZPO erforderlich ist, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber die Hilfsperson erst nach Entstehen des Pflichtteilsanspruchs

²⁰⁰ BGH, Urt. v. 05.02.2009 – III ZR 164/08, BGHZ 179, 329 (Rn. 16–19); noch offengelassen in BGH, Beschl. v. 28.02.2008 – III ZB 76/07, BGHZ 175, 360 (Rn. 13).

²⁰¹ *Schüler*, in: MünchKomm-ZPO, § 696 Rn. 21 m.w.N. auch zu anderen Auffassungen; *Dörn-dorfer*, in: BeckOK-ZPO, § 696 Rn. 3, 6; *Voit*, in: Musielak/Voit, § 696 Rn. 4.

²⁰² *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 9.

²⁰³ BFH, Urt. v. 19.07.2006 – II R 1/05, BFHE 213, 122 (Juris-Rn. 10 = S. 124 f.); *Messner*, ZEV 2006, 515 (516); *Wälzholz*, ZEV 2007, 162 (163). Vgl. zur Erhebung einer Stufenklage unten unter § 4.V.3.a) (S. 113).

²⁰⁴ Die Rechtshängigkeit im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO in diesem Falle nur bejahend bei abschließender Bezifferung des Pflichtteilsanspruchs durch dessen Schuldner *Brehm*, in: Stein/Jonas, § 852 Rn. 3.

zu dessen Geltendmachung bevollmächtigt oder ermächtigt oder dass er eine bereits davor erfolgte Vollmachtserteilung oder Ermächtigung zur Prozessführung nach Entstehen des Pflichtteilsanspruchs zumindest bekräftigt. Für § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. ist dies mit der Begründung gefordert worden, dass die Vielzahl der Konstellationen, in denen ein entsprechender Schmerzensgeldanspruch entstehen kann, vom Anspruchsinhaber im Vorhinein nicht zu überblicken sei. Selbst wenn Schmerzensgeldansprüche aus Verkehrsunfällen regelmäßig geltend gemacht würden, werde die konkrete Situation doch durch derart viele Parameter wie etwa die Art und Weise des Unfalls, die Besonderheiten der beteiligten Personen und das Bestehen von Versicherungsschutz geprägt, dass eine im Voraus getroffene Entscheidung des Anspruchsberechtigten nach Eintritt des Schadensereignisses keine Gültigkeit mehr beanspruchen könne.²⁰⁵ Beim Pflichtteilsanspruch hingegen ist die Situation wesentlich einfacher und besser absehbar als bei dem Schmerzensgeldanspruch nach § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. Regelmäßig stehen die Voraussetzungen und Umstände des Pflichtteilsanspruchs schon im Voraus fest, sodass sein Entstehen häufig nur noch vom Versterben des Erblassers abhängt. Dann erscheint es aber angezeigt, dem künftigen Pflichtteilsanspruchsinhaber bereits vor dem Erbfall die Entscheidung dafür zuzugestehen, den Pflichtteilsanspruch nach seiner Entstehung rechtshängig machen zu wollen. Anders als bei § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. ist der Pflichtteilsanspruch daher auch dann als rechtshängig geworden im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO anzusehen, wenn der Pflichtteilsanspruch nach dem Erbfall aufgrund einer davor vom künftigen Pflichtteilsanspruchsinhaber erteilten, antizipierten Prozessvollmacht oder einer entsprechenden Prozessführungsermächtigung von einer dritten Person rechtshängig gemacht wird.

2. Anerkennung durch Vertrag

Schwieriger als die Beschreibung der Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs ist die Auslegung des in § 852 Abs. 1 ZPO enthaltenen, bisweilen als „unscharf und missverständlich“ erachteten,²⁰⁶ Tatbestandsmerkmals der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag.

a) Definition der Anerkennung durch Vertrag

Hinsichtlich der an Rechtsnatur, Inhalt, Parteien und Form der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag zu stellenden Anforderungen hat sich in Rechtsprechung und Literatur eine weitgehende Übereinstimmung herausgebildet, die aber kritisch zu bewerten ist.

²⁰⁵ BGH, Urt. v. 26.06.1984 – VI ZR 206/82, NJW 1984, 2348 (Juris-Rn. 9–11 = S. 2349). Hingegen bereits damals für das Ausreichen einer vor Entstehung des Schadensersatzanspruchs erteilten Prozessvollmacht *Brehm*, JZ 1978, 191 (192).

²⁰⁶ So *Frank*, FS Leipold, 983 (986).

aa) Vertretene Ansichten

Übereinstimmend gehen Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass in der Anerkennung durch Vertrag der unbedingte Wille des Pflichtteilsanspruchsinhabers zum Ausdruck kommen müsse, seinen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen. Das bloße Anstellen von Überlegungen oder das Sondieren von Möglichkeiten genüge daher nicht. Als erforderlich und zugleich ausreichend wird vielmehr ein zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs erachtet, das auf Feststellung des Pflichtteilsanspruchs, also auf ein Einverständnis über dessen Bestehen, zielt.²⁰⁷

Freilich stellt ein unentgeltlicher Erlassvertrag nach § 397 BGB, mit dem der Pflichtteilsanspruchsinhaber auf seinen Pflichtteilsanspruch komplett verzichtet und ihn gerade nicht geltend macht, keine Anerkennung durch Vertrag dar.²⁰⁸ Uneinheitlich beurteilt wird lediglich der Fall, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber gegen eine Abfindung, mithin im Rahmen eines entgeltlichen Erlassvertrags, auf seinen Pflichtteilsanspruch verzichtet. Teilweise wird darin eine Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag in voller Höhe gesehen,²⁰⁹ teilweise wird eine Anerkennung durch Vertrag nur in Höhe der vereinbarten Abfindung bejaht²¹⁰ und teilweise wird sie ganz verneint²¹¹.

Da mit der Anerkennung durch Vertrag ein kausales, deklaratorisches Schuldanerkenntnis gemeint ist, mit dem das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs bestätigt wird, kann die nur für ein abstraktes, konstitutives und damit eine neue Verbindlichkeit begründendes Schuldanerkenntnis geltende Formvorschrift des § 781 BGB keine Anwendung finden. Vielmehr wird allgemein angenommen, dass die Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag nicht der Schriftform bedarf, sondern formfrei und auch konkludent möglich ist.²¹² Das deckt sich mit der Auslegung des entsprechenden Tatbestandsmerkmals in § 847

²⁰⁷ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.03.1930 – I Z B S 4/30, HRR 1930, Entscheidung 1164 (S. 2); OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.03.1999 – 7 U 143/98, FamRZ 2000, 367 (Juris-Rn. 21 = S. 368); *Hannich*, S. 12; *Stöber*, Rn. 270; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2; *Kessal-Wulf/Lorenz*, in: Schuschke/Walker, § 852 Rn. 2; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 8; *Riedel*, in: BeckOK-ZPO, § 852 Rn. 9 f.; *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 852 Rn. 3; weitere Nachweise mit wörtlichen Zitierungen bei *Zeranski*, NotBZ 2001, 19 (19 Fn. 3).

²⁰⁸ OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.03.1999 – 7 U 143/98, FamRZ 2000, 367 (Juris-Rn. 26 = S. 368); *Muscheler*, Universalsukzession, S. 217 f.; *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 141; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 9.

²⁰⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.03.1999 – 7 U 143/98, FamRZ 2000, 367 (Juris-Rn. 27 = S. 368); *Hannich*, S. 86; *Haas*, in: Staudinger, Neubearb. 2006, § 2317 Rn. 51.

²¹⁰ *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 9; *Weidlich*, in: Palandt, § 2317 Rn. 8.

²¹¹ *Muscheler*, Universalsukzession, S. 218.

²¹² OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.03.1930 – I Z B S 4/30, HRR 1930, Entscheidung 1164 (S. 2); OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.03.1999 – 7 U 143/98, FamRZ 2000, 367 (Juris-Rn. 21 = S. 368); *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1771); *Gottwald*, Pflichtteilsrecht, Teil II § 2317 Rn. 34, Teil III Rn. 295; *Tanck*, in: Mayer u. a., § 14 Rn. 348; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2; *Dieckmann*, in: Soergel, § 2317 Rn. 14; *Grziwotz*, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, § 2317 Rn. 30; *Kemper*, in: Saenger, § 852 Rn. 3; *Kessal-Wulf/Lorenz*, in: Schusch-

Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.²¹³ Dabei wird betont, dass solch ein vertragliches Anerkenntnis des Pflichtteilsanspruchs nicht vorschnell in jeder Einigung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs zu sehen sei; vielmehr sei ein entsprechender Anlass erforderlich, der den Schluss auf ein derartiges Rechtsgeschäft zulässt.²¹⁴

bb) Bewertung

Vor dem Hintergrund des Zwecks des § 852 Abs. 1 ZPO, die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs gegenüber seinen Gläubigern zu schützen,²¹⁵ ist dieses in Rechtsprechung und Literatur vertretene Verständnis hinsichtlich Rechtsnatur, Inhalt, Parteien, Form, Wirksamkeit und Zeitpunkt der Anerkennung durch Vertrag kritisch zu hinterfragen.

Wie aus der Entstehungsgeschichte des § 852 Abs. 1 ZPO ersichtlich geworden ist,²¹⁶ soll die Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag eine Variante der außergerichtlichen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs sein, an die zum Schutz des Pflichtteilsanspruchsinhabers vor Übereilung und aus Gründen der Rechtssicherheit besondere formelle Anforderungen gestellt werden.²¹⁷ Über diese Zielsetzung geht die Formulierung „durch Vertrag anerkannt“ aber insofern hinaus, als sie – in für den Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO nicht erforderlicher Weise – darauf abstellt, ob das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag unstreitig gestellt worden ist.²¹⁸ Der Sache nach kommt es allein auf die Entscheidung des Pflichtteilsanspruchsinhabers selbst über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs und nicht auf eine Anerkennung dieses Pflichtteilsanspruchs durch einen Vertragspartner an. Es ist also zu fragen, ob mit der oben dargestellten herrschenden Meinung zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Anerkennung durch Vertrag das Spannungsverhältnis zwischen Wortlaut und Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO in überzeugender Weise austariert ist.

(1) Rechtsnatur

Hinsichtlich der Rechtsnatur der Anerkennung durch Vertrag ist im Wortlaut des § 852 Abs. 1 ZPO klar von einem Vertrag die Rede. Nach §§ 145 ff. BGB kommt ein solcher durch Angebot und Annahme zustande. Vom Zweck des

ke/Walker, § 852 Rn. 2; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 8; *Riedel*, in: BeckOK-ZPO, § 852 Rn. 10; *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 852 Rn. 3.

²¹³ BGH, Urt. v. 16.01.1973 – VI ZR 197/71, NJW 1973, 620 (Juris-Rn. 12, 17 = S. 620).

²¹⁴ *Ahrens*, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 4 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 03.04.2001 – XI ZR 120/00, BGHZ 147, 203 (Juris-Rn. 26 = nicht abgedruckt).

²¹⁵ Vgl. oben unter § 4.II. (S. 61).

²¹⁶ Oben unter § 4.I. (S. 58).

²¹⁷ *Frank*, FS Leipold, 983 (986).

²¹⁸ *Frank*, FS Leipold, 983 (986 f.).

§ 852 Abs. 1 ZPO her gedacht, hat aber allein das Verhalten des Pflichtteilsanspruchsinhabers maßgeblich zu sein; auf die das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs bestätigende Willenserklärung des Vertragspartners kann es nicht ankommen.

Erwägenswert erscheint es vor diesem Hintergrund, für die Anerkennung durch Vertrag nicht das Zustandekommen eines Vertrags durch Angebot und Annahme zu fordern, sondern bereits die Abgabe eines bindenden Angebots des Gläubigers des Pflichtteilsanspruchs gegenüber dem Schuldner auf Abschluss eines Anerkenntnisvertrags als ausreichend anzusehen. Indes steht einer solchen primär teleologischen Auslegung nicht nur der Wortlaut des § 852 Abs. 1 ZPO entgegen; vielmehr lassen sich durchaus auch Gründe dafür finden, weshalb es gerade auf den Vertragsschluss ankommen soll: Wie im Rahmen der Entstehungsgeschichte des § 852 Abs. 1 ZPO gezeigt,²¹⁹ haben die an die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gestellten formellen Anforderungen das Ziel, den Pflichtteilsanspruchsinhaber vor Übereilung zu schützen und Rechtssicherheit zu gewährleisten. Mithin muss das auf Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gerichtete Verhalten von einer gewissen Ernsthaftigkeit geprägt sein.²²⁰ Während diese beim Rechtshängigmachen des Pflichtteilsanspruchs stets gegeben sein wird, ist ihr Vorliegen bei außergerichtlichem Verhalten eher fraglich. Bewusst und zu Recht hat der Gesetzgeber daher das bloße – auch leichtfertig mögliche – außergerichtliche Einfordern des Pflichtteilsanspruchs als solches nicht ausreichen lassen, sondern eine bestätigende Willenserklärung des Schuldners des Pflichtteilsanspruchs verlangt. Mit diesem Erfordernis wird sichergestellt, dass der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs das Verhalten des Pflichtteilsanspruchsinhabers als so ernsthaft gewertet hat, dass er, der Schuldner, sich zur Abgabe einer das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs bestätigenden Willenserklärung veranlasst gesehen hat. Das Verhalten des Schuldners des Pflichtteilsanspruchs, auf das es der Sache nach an sich nicht ankommt, ist somit Indiz und Garant für die Ernsthaftigkeit der Entscheidung des Pflichtteilsanspruchsinhabers. Die Willenserklärung des Pflichtteilsanspruchsinhabers wird nur selten ausdrücklich auf den Abschluss eines das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs bestätigenden Vertrags gerichtet sein; regelmäßig wird sie konkludent dem außergerichtlichen Einfordern des Pflichtteilsanspruchs zu entnehmen sein. Dass es dem Pflichtteilsanspruchsinhaber ernst damit ist und er sich bewusst für die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs entschieden hat, kommt dann zum Ausdruck, wenn der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs daraufhin dessen Bestehen durch eine eigene Willenserklärung gegenüber dem Pflichtteilsanspruchsinhaber bestätigt. Auch diese Willenserklärung des Schuldners zu fordern, verlangt vom Pflichtteilsanspruchsinhaber nichts Unmögliches. Verweigert sich der Schuldner, so kann und muss der Pflichtteilsanspruchsinhaber auf die Option ausweichen, seinen Pflichtteilsanspruch rechtshängig zu machen.

²¹⁹ Oben unter § 4.I. (S. 58).

²²⁰ *Zeranski*, NotBZ 2001, 19 (21).

Da mithin auch sachliche Gründe dafür sprechen, die bloße Willenserklärung des Pflichtteilsanspruchsinhabers nicht ausreichen zu lassen, sondern den Abschluss eines das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs bestätigenden Vertrags mit dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs zu verlangen, erscheint es sachgerecht, insofern mit der herrschenden Ansicht am Wortlaut des § 852 Abs. 1 ZPO festzuhalten.

(2) Inhalt

In Bezug auf den Inhalt der Anerkennung durch Vertrag ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn eine vertragliche Einigung über das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs gefordert wird. Auch überzeugt es, aus teleologischen Gründen im unentgeltlichen Verzicht des Pflichtteilsanspruchsinhabers auf den kompletten Pflichtteilsanspruch keine Ankerkennung desselben durch Vertrag zu sehen. Zu erörtern ist aber, wie es sich verhält, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber für seinen kompletten Verzicht eine Abfindung erhält oder wenn er auf seinen Pflichtteilsanspruch nicht vollumfänglich, sondern nur teilweise verzichtet. In diesen Rahmen ist auch ein Vergleich(svertrag) zwischen dem Inhaber und dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs einzuordnen.

Für den kompletten Verzicht gegen Abfindung dürfte sich diejenige Ansicht als richtig erweisen, die – wie die herrschende Meinung beim unentgeltlichen Verzicht – auch im entgeltlichen Verzicht keine Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag sieht.²²¹ Dem Wortlaut nach stellt ein Verzicht gerade keine Geltendmachung und damit auch keine korrespondierende Anerkennung durch Vertrag dar. Dies gilt unabhängig davon, was den Pflichtteilsanspruchsinhaber zum Verzicht motiviert haben mag. Auch in teleologischer Hinsicht ist es nicht erforderlich, im entgeltlichen Verzicht eine Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag in voller Höhe²²² oder zumindest in Höhe der vereinbarten Abfindung²²³ zu sehen: Freilich stellt der entgeltliche Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch bei wirtschaftlicher Betrachtung durchaus eine Geltendmachung desselben dar²²⁴ und freilich wäre es unbillig, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber auf diesem Wege seinen Pflichtteilsanspruch unter Ausschluss des Zugriffs seiner Gläubiger zu Geld machen könnte. Jedoch ist diese Möglichkeit bereits dadurch wirksam ausgeschlossen, dass den Gläubigern des Pflichtteilsanspruchsinhabers ohne Weiteres der Zugriff auf die Abfindung als solche offen steht. Der Anspruch auf die Abfindung und der darauf gezahlte Betrag zählen selbstverständlich zum pfändbaren Vermögen des Pflichtteilsanspruchsinhabers, das dessen Gläubigern haftet, ohne dass es auf die Erfüllung der Vor-

²²¹ *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 218.

²²² OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.03.1999 – 7 U 143/98, *FamRZ* 2000, 367 (Juris-Rn. 27 = S. 368); *Hannich*, S. 86; *Haas*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2006, § 2317 Rn. 51.

²²³ *Müller*, in: *BeckOK-BGB*, § 2317 Rn. 9; *Weidlich*, in: *Palandt*, § 2317 Rn. 8.

²²⁴ So etwa *Haas/Vogel*, *FS Bengel/Reimann*, 173 (176).

aussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ankäme.²²⁵ Im Übrigen deckt sich die hier vertretene Auffassung auch mit der Lage im Erbschaftsteuerrecht, für das § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG die für den Verzicht auf einen entstandenen Pflichtteilsanspruch gewährte Abfindung als solche für steuerbar erklärt.²²⁶

Verzichtet der Pflichtteilsanspruchs inhaber auf seinen Pflichtteilsanspruch nur teilweise, so fragt sich, ob ein solcher Teilverzicht zwangsläufig mit einer Anerkennung des Bestehens des restlichen Teils des Pflichtteilsanspruchs einhergehen muss. Bisweilen wird dies so vertreten.²²⁷ Tatsächlich wird auch ein Vertrag zwischen dem Inhaber und dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs, mit welchem auf einen Teil des Pflichtteilsanspruchs verzichtet wird, regelmäßig so auszulegen sein, dass damit zugleich das Bestehen des restlichen Teils des Pflichtteilsanspruchs, auf den nicht verzichtet wird, anerkannt wird. Wie weiter unten erörtert,²²⁸ sind die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO dann nur in Höhe dieses Restes erfüllt. Indes ist es aber durchaus auch denkbar, dass der Pflichtteilsanspruchs inhaber im Einzelfall den Schuldner des Pflichtteils mit dem Teilverzicht zunächst nur hinsichtlich eines Teils des Pflichtteilsanspruchs aus der Haftung entlassen, sich seine Entscheidung über den restlichen Teil des Pflichtteilsanspruchs aber noch vorbehalten möchte. In einem derartigen Fall enthält der Vertrag über den Teilerlass hinaus keine weitere Regelung, sodass für den restlichen Teil des Pflichtteilsanspruchs weder ein Verzicht noch eine Anerkennung durch Vertrag vorliegt. Folglich stellt ein Teilverzicht ohne gleichzeitige Teilerkennung keine Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO dar.

Vergleichen sich der Inhaber und der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs in einem Vergleichsvertrag nach § 779 BGB über den Pflichtteilsanspruch, so sind drei Varianten des Vergleichs zu unterscheiden. Möglich ist es erstens, dass der Pflichtteilsanspruchs inhaber in dem Vergleich auf seinen Pflichtteilsanspruch komplett verzichtet, der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs im Gegenzug aber eine anderweitige Verpflichtung übernimmt. Zweitens ist es denkbar, dass der Pflichtteilsanspruchs inhaber nur teilweise auf seinen Pflichtteilsanspruch verzichtet; da mit dem Vergleich das Rechtsverhältnis der Parteien endgültig geklärt werden soll, ist in diesem Falle mit dem Teilverzicht dann aber zwangsläufig zugleich eine Anerkennung des restlichen Teils des Pflichtteilsanspruchs verbunden. Eine dritte Variante kann schließlich darin bestehen, dass in dem Vergleich zwar das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs in voller Höhe anerkannt wird, der Pflichtteilsanspruchs inhaber sich dafür aber zu einer anderweitigen Leistung verpflichtet. Aus den drei geschilderten Varianten eines Vergleichs er-

²²⁵ *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 218; *Herzog*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 141.

²²⁶ *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 218 Fn. 210. Vgl. zu § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG *Gebel*, in: *Troll/Gebel/Jülicher*, § 3 Rn. 237, 332; *Meincke*, § 3 Rn. 101.

²²⁷ So *Hannich*, S. 85.

²²⁸ Unten unter § 4.V.3.b) (S. 114).

geben sich ohne Weiteres die Folgen für die Frage nach einer darin enthaltenen Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag: In der ersten Variante ist eine solche zu verneinen, in der dritten Variante ist sie zu bejahen. In der zweiten Variante – der Kombination eines Teilverzichts mit einem Teilanerkenntnis – ist sie hinsichtlich des Teils, auf den verzichtet wurde, zu verneinen; hinsichtlich des anerkannten Teils ist sie, wie weiter unten erörtert,²²⁹ zu bejahen.

(3) Parteien

Hinsichtlich der den Vertrag über die Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs schließenden Parteien folgt unmittelbar aus dem Vorstehenden, dass es in erster Linie auf das Verhalten des Pflichtteilsanspruchsinhabers ankommt, dessen Beteiligung an der Anerkennung durch Vertrag somit unentbehrlich ist. Schließt also etwa nicht der Pflichtteilsanspruchsinhaber selbst, sondern nur einer seiner Gläubiger mit dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs einen das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs bestätigenden Vertrag, so liegt darin keine Anerkennung durch Vertrag im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO.²³⁰

Fraglich ist aber, ob auch die Beteiligung des Schuldners des Pflichtteilsanspruchs unerlässlich ist oder ob eine Anerkennung durch Vertrag auch zwischen dem Pflichtteilsanspruchsinhaber und einem Dritten erfolgen kann. Während die dargestellte herrschende Ansicht diese Frage verneint,²³¹ wird sie teilweise auch bejaht.²³² Weder der Wortlaut noch der Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO verlangen nämlich einen Vertrag gerade mit dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs. Vielmehr genüge jeder Vertrag des Pflichtteilsanspruchsinhabers mit einem Dritten, aus dem der Wille des Pflichtteilsanspruchsinhabers zur Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs klar hervorgehe. Als solch ein Vertrag komme etwa auch ein Kausalgeschäft in Betracht, in welchem sich der Pflichtteilsanspruchsinhaber gegenüber einem Dritten zur Übertragung seines Pflichtteilsanspruchs verpflichte.²³³

Diese Ansicht, die einen Vertrag mit einem Dritten ausreichen lässt, setzt freilich voraus, dass die im Wortlaut des § 852 Abs. 1 ZPO enthaltene Anerkennung nicht, wie in § 781 BGB, im technischen Sinn des Anerkenntnisses einer Schuld zu verstehen ist, das nur vom Verpflichteten abgegeben werden kann, sondern in einem weiteren, untechnischen Sinn. Mag man solch ein Verständnis theoretisch für möglich halten, so sprechen doch auch sachliche Gründe dafür, einen Vertrag gerade mit dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs zu for-

²²⁹ Vgl. unten bei der Erörterung der teilweisen Anspruchsgeltendmachung unter § 4.V.3.b) (S. 114).

²³⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.03.1999 – 7 U 143/98, FamRZ 2000, 367 (Juris-Rn. 25 = S. 368); *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2.

²³¹ Vgl. oben unter § 4.V.2.a)aa) (S. 97).

²³² *Zeranski*, NotBZ 2001, 19 (21).

²³³ *Zeranski*, NotBZ 2001, 19 (22).

dem: Wie oben erörtert,²³⁴ soll durch das Erfordernis der Anerkennung durch Vertrag sichergestellt werden, dass die Entscheidung des Pflichtteilsanspruchsinhabers für die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs von einer gewissen Ernsthaftigkeit gekennzeichnet ist. Ernst meinen wird es der Pflichtteilsanspruchsinhaber mit der Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs sicherlich, wenn er in dem von § 852 Abs. 1 ZPO geschützten familiären Verhältnis in einer Weise an den Schuldner des Pflichtteilsanspruchsinhabers herangetreten ist, die diesen veranlasst hat, das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs anzuerkennen. Da der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs in diesem Verhältnis mannigfaltige Gründe entgegenstehen mögen,²³⁵ wird der Pflichtteilsanspruchsinhaber eine gewisse Hürde zu überwinden gehabt haben, was die Ernsthaftigkeit seiner Entscheidung unterstreicht. Deutlich leichter dürfte es ihm hingegen fallen, in einem Vertrag mit einem – familiär möglicherweise mit ihm nicht verbundenen – Dritten das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs und seinen Willen zur Geltendmachung zu bestätigen. Verpflichtet sich der Pflichtteilsanspruchsinhaber etwa, seinen Pflichtteilsanspruch entgeltlich oder unentgeltlich auf einen Dritten zu übertragen, so setzt diese Verpflichtung zum einen noch nicht voraus, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber seine Entscheidung für die Geltendmachung in der Familie und insbesondere gegenüber dem Pflichtteilsanspruchsinhaber bereits mitgeteilt hat. Zum anderen hat der Pflichtteilsanspruchsinhaber allein mit der Eingehung einer Übertragungsverpflichtung noch nicht über seinen Pflichtteilsanspruch verfügt,²³⁶ sondern kann sich von dieser Verpflichtung unter Umständen wieder lösen oder zumindest – gegebenenfalls unter Inkaufnahme einer Schadensersatzpflicht – ihre Erfüllung verweigern. Selbst wenn diese auf die Ernsthaftigkeit des Entschlusses des Pflichtteilsanspruchsinhabers abstellende Argumentation nicht zwingend erscheint, wird man ihr jedenfalls eine gewisse Berechtigung nicht absprechen können. Dies genügt, um eine Abweichung vom Wortlaut des § 852 Abs. 1 ZPO insofern nicht für geboten zu erachten.

Dem Wortlaut der Norm entsprechend ist daher mit der herrschenden Ansicht für die Anerkennung durch Vertrag im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO in der Tat ein Vertrag genau zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs zu fordern. Dies schließt freilich nicht aus, dass sich eine oder beide Vertragsparteien beim Vertragsschluss eines Stellvertreters bedienen. Wie bei der Prozessvollmacht²³⁷ ist es dafür nicht erforderlich, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber die Vollmacht zum Abschluss eines das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs aner kennenden Vertrags erst nach Entstehen des Pflichtteilsanspruchs erteilt oder eine bereits zuvor erteilte Vollmacht entsprechend bestätigt.

²³⁴ Oben unter § 4.V.2.a)bb)(1) (S. 98).

²³⁵ Vgl. oben unter § 3.I. (S. 41).

²³⁶ Vgl. zu der Frage, ob die Verfügung einer Anerkennung durch Vertrag gleichzustellen ist, sogleich unter § 4.V.2.b) (S. 107).

²³⁷ Vgl. dazu oben unter § 4.V.1. (S. 95).

(4) Form

Der Bestrebung, Rechtssicherheit zu gewährleisten, wäre freilich noch stärker Rechnung getragen, wenn für den das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs anerkennenden Vertrag die Einhaltung der Schriftform erforderlich wäre. Tatsächlich wurde für das entsprechende Tatbestandsmerkmal in § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. bisweilen die Einhaltung der Schriftform verlangt.²³⁸ Abgesehen davon, dass das Schriftformerfordernis im Wortlaut des § 852 Abs. 1 ZPO jedoch keine Stütze findet, obwohl dessen Verankerung im Wortlaut der Norm dem Gesetzgeber unschwer möglich gewesen wäre,²³⁹ ist im vorliegenden Zusammenhang auch eine sachliche Rechtfertigung für den Verzicht auf das Schriftformerfordernis zu erkennen: Will der Gläubiger des Pflichtteilsanspruchs diesen geltend machen und will der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs dessen Bestehen nicht in Abrede stellen, soll die Anerkennung durch Vertrag nicht durch das Erfordernis einer bestimmten Form verkompliziert werden, sondern ohne Weiteres und formfrei möglich sein. Wie bei § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.²⁴⁰ überzeugt es somit auch bei § 852 Abs. 1 ZPO, mit der herrschenden Meinung insoweit nicht vom Wortlaut der Norm abzuweichen und auch die formfreie Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs für möglich zu erachten.

(5) Wirksamkeit

Zu klären ist weiter, ob für die Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag die volle Wirksamkeit des Vertrags erforderlich ist.

Der Wortlaut des § 852 Abs. 1 ZPO („durch Vertrag anerkannt“) spricht zunächst dafür, dass es sich um einen wirksamen Vertrag handeln muss. Auch Sinn und Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO erfordern im Ansatz sehr wohl die wirksame Abgabe einer Willenserklärung durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber, die auf den Abschluss eines das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs anerkennenden Vertrags gerichtet ist. Fehlt dem Pflichtteilsanspruchsinhaber etwa die Geschäftsfähigkeit, ist es nicht gerechtfertigt, einen deshalb unwirksamen Vertrag, in dem das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs anerkannt wird, als Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu werten. Auf der anderen Seite stehen Wirksamkeitshindernisse aufseiten des Schuldners des Pflichtteilsanspruchs einer Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht zwingend entgegen, da § 852 Abs. 1 ZPO doch in erster Linie darauf abstellt, ob der Pflichtteilsanspruchsinhaber in hinreichend ernsthafter Weise seinen Willen zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs offenbart hat. Daran bestehen etwa dann keine Zweifel, wenn die Wirksamkeit des das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs aner-

²³⁸ So LG Köln, Beschl. v. 14.04.1972 – 1 T 86/72, VersR 1973, 679 (680).

²³⁹ So hätte der Gesetzgeber etwa „durch schriftlichen Vertrag anerkannt“ formulieren können.

²⁴⁰ BGH, Urt. v. 16.01.1973 – VI ZR 197/71, NJW 1973, 620 (Juris-Rn. 12, 17 = S. 620). Ausdrücklich gegen die das Schriftformerfordernis bejahende Entscheidung des LG Köln *Stöber*, Rn. 270 Fn. 4.

kennenden Vertrags zwar am Mangel der Geschäftsfähigkeit des Schuldners des Pflichtteilsanspruchs aufgrund vorübergehender Störung der Geistestätigkeit im Sinne des § 105 Abs. 2 Var. 2 BGB scheitert, dieser Zustand seines Vertragspartners für den Pflichtteilsanspruchsinhaber aber nicht erkennbar war.

Im Ergebnis ist die Wirksamkeit des Vertrags somit kein zwingendes Erfordernis für die Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag. Erforderlich ist nur, dass das Wirksamkeitshindernis nicht zugleich der Ernsthaftigkeit der Anspruchsgeltendmachung durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber entgegensteht.²⁴¹

(6) Zeitpunkt

Schließlich ist zu klären, ab welchem Zeitpunkt der Pflichtteilsanspruch im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO durch Vertrag anerkannt werden kann. Dass dies sofort ab Entstehung des Pflichtteilsanspruchs mit dem Erbfall möglich ist, steht außer Frage. Erörterungsbedürftig ist aber, ob der Pflichtteilsanspruch bereits vor seiner Entstehung durch Vertrag anerkannt werden kann.

Konstruktiv steht dem Abschluss eines Vertrags zwischen dem künftigen Schuldner des Pflichtteilsanspruchs und dem künftigen Pflichtteilsanspruchsinhaber über das künftige Bestehen des Pflichtteilsanspruchs noch zu Lebzeiten des Erblassers nichts entgegen. Zu fragen ist nur und immerhin, ob es dem Schutzzweck des § 852 Abs. 1 ZPO gerecht wird, wenn die noch vor Entstehung des Pflichtteilsanspruchs erfolgte Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag als Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO gewertet wird. Für die Tatbestandsvariante der Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs ist bereits ausgeführt worden, dass es ausreicht, wenn der künftige Pflichtteilsanspruchsinhaber vor Entstehung des Pflichtteils einen Dritten zur gerichtlichen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs bevollmächtigt oder ihm hierzu Prozessführungsbefugnis erteilt hat; macht der Dritte nach dem Erbfall hiervon Gebrauch, ist der Pflichtteilsanspruch als rechtshängig geworden im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO anzusehen, ohne dass es nach dem Erbfall einer erneuten Bestätigung durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber bedürfte.²⁴² In Parallelität hierzu sollte es dem künftigen Pflichtteilsanspruchsinhaber auch zugestanden werden, bereits vor dem Erbfall das Bestehen des künftigen Pflichtteilsanspruchs in einem Vertrag mit dem künftigen Schuldner des Pflichtteilsanspruchs mit der Folge anzuerkennen, dass die Verwertungssperre des § 852 Abs. 1 ZPO nicht greift. Da die Voraussetzungen und Umstände des Pflichtteilsanspruchs regelmäßig schon deutlich vor seiner Entstehung mit dem Erbfall abzusehen sind, spricht nichts dafür, dem Pflichtteilsanspruchsinhaber die Befugnis, sich für die Geltendmachung des Anspruchs zu entscheiden, erst ab dessen Entstehen zuzu-

²⁴¹ So im Rahmen der Verfügung über den Pflichtteilsanspruch *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (282 f.).

²⁴² Oben unter § 4.V.1. (S. 95).

sprechen. Vielmehr sollte dem künftigen Pflichtteilsanspruchsinhaber die Kompetenz zu dieser Entscheidung auch schon zu Lebzeiten des künftigen Erblassers zugestanden werden. Umso mehr gilt dies, wenn man die Entscheidung für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nicht als endgültig ansieht, sondern dem Pflichtteilsanspruchsinhaber die Möglichkeit zubilligt, seine Entscheidung mit Wirkung *ex nunc* wieder zu ändern.²⁴³

Zu beachten ist, dass es sich bei der vertraglichen Anerkennung eines Pflichtteilsanspruchs vor seiner Entstehung um einen schuldrechtlichen Vertrag über den Pflichtteil aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten im Sinne des § 311b Abs. 4 Satz 2 BGB handelt,²⁴⁴ sodass dieser Vertrag nur wirksam ist, wenn er gemäß § 311b Abs. 5 BGB zwischen künftigen gesetzlichen Erben geschlossen und notariell beurkundet wird. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, stellt der vor dem Erbfall erfolgte Abschluss eines das künftige Bestehen des Pflichtteilsanspruchs anerkennenden Vertrags ohne Weiteres die Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO dar. Nach den obigen Ausführungen²⁴⁵ ist die Wirksamkeit des Vertrags jedoch kein zwingendes Erfordernis für die Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag, solange das Wirksamkeitshindernis der Ernsthaftigkeit der Pflichtteilsanspruchsgeltendmachung durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber nicht entgegensteht. Ist daher dem künftigen Pflichtteilsanspruchsinhaber im konkreten Fall das Erfordernis der notariellen Beurkundung nach § 311b Abs. 5 Satz 2 BGB nicht bekannt, so steht die Nichteinhaltung dieser Formvorschrift der Wertung als Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag nicht entgegen. Ebenso ist eine Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO zu bejahen, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber einen das künftige Bestehen des Pflichtteilsanspruchs anerkennenden Vertrag unter unbewusstem Verstoß gegen § 311b Abs. 5 Satz 1 BGB mit dem Beschenkten schließt, der Schuldner des Pflichtteilsergänzungsanspruchs aus § 2329 BGB ist. Wie gezeigt,²⁴⁶ ist für § 852 Abs. 1 ZPO lediglich erforderlich, dass der Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger des Pflichtteilsanspruchs geschlossen wird.

cc) Ergebnis

Als Ergebnis der Diskussion zur Definition des Tatbestandsmerkmals der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag ist daher festzuhalten, dass hierfür ein auf Feststellung des Pflichtteilsanspruchs, also auf ein Einverständnis über dessen Bestehen, zielender zweiseitiger Vertrag erforderlich ist. Der komplette Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch stellt keinen derartigen Vertrag

²⁴³ Unten unter § 4.V.3.c) (S. 118).

²⁴⁴ Vgl. zu dieser Norm im Rahmen der Übertragbarkeit des Pflichtteilsanspruchs bereits oben unter § 1.VIII.2.c) (S. 28).

²⁴⁵ Oben unter § 4.V.2.a)bb)(5) (S. 104).

²⁴⁶ Oben unter § 4.V.2.a)bb)(3) (S. 102).

dar. Dies gilt auch dann, wenn der Verzicht gegen Abfindung erfolgt. Mit einem Teilverzicht ist regelmäßig, nicht jedoch zwangsläufig eine Anerkennung des verbleibenden Teils des Pflichtteilsanspruchs verbunden. Die Frage, ob ein Vergleich über den Pflichtteilsanspruch den Tatbestand des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt, ist je nach konkretem Inhalt des Vergleichs zu beantworten. Zu erfolgen hat die Anerkennung durch Vertrag zwischen dem Pflichtteilsanspruchsinhaber und dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs, wobei keine besondere Form zu wahren ist. Die Wirksamkeit des Vertrags ist nicht zwingend erforderlich, sofern das Wirksamkeitshindernis nicht an der Ernsthaftigkeit der Entscheidung des Pflichtteilsanspruchsinhabers zweifeln lässt. Möglich ist die Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag nicht erst nach dessen Entstehen, sondern auch bereits vor dem Erbfall.

b) Gleichstellung von Verfügungen

Verfügt der Pflichtteilsanspruchsinhaber über seinen Pflichtteilsanspruch, indem er ihn durch Abtretung überträgt oder durch Verpfändung oder Nießbrauchsbestellung belastet, so liegt darin nach der obigen Definition keine Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag. Es fragt sich aber, ob die Verfügung über den Pflichtteilsanspruch dessen Anerkennung durch Vertrag gleichzustellen ist.

Ausgenommen von dieser Fragestellung ist freilich der Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch durch Erlassvertrag nach § 397 BGB. Zwar stellt auch dieser eine Verfügung über den Pflichtteilsanspruch dar. Wie oben ausgeführt,²⁴⁷ ist aber in dem Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch, mit dem der Pflichtteilsanspruchsinhaber sich ja gerade gegen die Geltendmachung entscheidet, nach einhelliger Auffassung keine Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu sehen.

aa) Vertretene Ansichten

Während die Rechtsprechung die Frage nach der Gleichstellung von Verfügungen bislang ausdrücklich offengelassen hat,²⁴⁸ wird sie in der Literatur zum weit überwiegenden Teil bejaht,²⁴⁹ wobei es für das Ergebnis keinen Unterschied macht, ob das Tatbestandsmerkmal der Anerkennung durch Vertrag auf die Verfügung über den Pflichtteilsanspruch analog angewandt wird oder ob § 852 Abs. 1 ZPO für den Fall der Verfügung über den Pflichtteilsanspruch te-

²⁴⁷ Oben unter § 4.V.2.a)aa) (S. 97).

²⁴⁸ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.03.1930 – I Z B S 4/30, HRR 1930, Entscheidung 1164 (S. 2); BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 18 = S. 190).

²⁴⁹ *Gerhardt*, EWiR 1993, 1141 (1142); *Jedzig*, WuB VI D. § 1 AnfG 1.97, 1007 (1008); *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (274 f.); *Hannich*, S. 79; *Firsching/Graf*, Rn. 1.439; *Gottwald*, Pflichtteilsrecht, Teil II § 2317 Rn. 34; *Lange/Kuchinke*, § 37 VIII 2 c; *Michalski*, Rn. 505; *Tanck*, in: *Mayer u. a.*, § 14 Rn. 348; *Ahrens*, in: *Prütting/Gehrlein*, § 852 Rn. 4; *Becker*, in: *Musielak/Voit*, § 852 Rn. 2; *Smid*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 852 Rn. 3.

leologisch reduziert wird.²⁵⁰ Begründet wird die Gleichstellung der Verfügung mit der Anerkennung durch Vertrag damit, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber seinen Pflichtteilsanspruch mit der Verfügung aus dem geschützten familiären Bereich heraustreten lasse, sodass der Schutzzweck des § 852 Abs. 1 ZPO nicht mehr greife.²⁵¹ Dies gelte selbst bei der Sicherungsabtretung.²⁵² In der gleichen Richtung ist bereits in den Protokollen der Zweiten Kommission zu lesen, dass die „*Bedeutung der individuellen Natur des Pflichtteilsrechtes [...] sich aber [erledige], wenn der Pflichtteilsberechtigte durch die Uebertragung seines Rechtes auf einen Anderen bereits zu erkennen gegeben habe, daß er die Geltendmachung wolle oder jedenfalls mit der Geltendmachung einverstanden sei.*“²⁵³

Teilweise wird die Gleichsetzung der Verfügung über den Pflichtteilsanspruch mit dessen Anerkennung durch Vertrag, beschränkt auf die Verpfändung des Pflichtteilsanspruchs²⁵⁴ oder insgesamt²⁵⁵, aber auch abgelehnt.

bb) Bewertung

Außer Frage steht, dass die Gleichstellung der Verfügung über den Pflichtteilsanspruch mit dessen Anerkennung durch Vertrag eine Überwindung des Wortlauts des § 852 Abs. 1 ZPO erfordert.²⁵⁶ Eine solche kann aber gerechtfertigt sein, wenn sie durch den Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO geboten ist und ihr keine anderweitigen Argumente entgegenstehen.

(1) Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO

Ist es anerkanntermaßen Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO, die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs gegenüber seinen Gläubigern zu schützen,²⁵⁷ so greift dieser Zweck eindeutig nicht mehr, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber durch Verfügung über den Pflichtteilsanspruch freiwillig seine Befugnis, über dessen Geltendmachung zu entscheiden, ganz oder teilweise aus der Hand gegeben hat.

²⁵⁰ Für Letzteres *Michalski*, Rn. 505; so wohl auch *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2.

²⁵¹ *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (175); *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (124 f.); *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1769); *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (274 f.); *Hannich*, S. 14; *Firsching/Graf*, Rn. 1.439; *Tanck*, in: Mayer u. a., § 14 Rn. 348; *Ahrens*, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 4; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2; *Birkenheier*, in: jurisPK-BGB, § 2317 Rn. 51; *Kessal-Wulf/Lorenz*, in: Schuschke/Walker, § 852 Rn. 2; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 11.

²⁵² *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (175); *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (124); *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1770); *Hannich*, S. 14.

²⁵³ *Mugdan*, S. 784 (Protokolle). Vgl. auch *Achilles/Gebhard/Spahn*, Bd. V, S. 526 f.

²⁵⁴ *Stöber*, Rn. 273d.

²⁵⁵ *Muscheler*, Universalsukzession, S. 216.

²⁵⁶ An der Befugnis hierzu zweifelnd OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.03.1930 – I Z B S 4/30, HRR 1930, Entscheidung 1164 (S. 2).

²⁵⁷ Vgl. dazu oben unter § 4.II. (S. 61).

Unabhängig davon, ob die Verfügung mit einer Gegenleistung verbunden ist, ist in ihr eine (wirtschaftliche) Verwertung des Pflichtteilsanspruchs zu sehen.²⁵⁸ Es ist kein Grund dafür ersichtlich, dem Pflichtteilsanspruchsinhaber nach seiner mit der Verfügung nach außen tretenden Entscheidung für die Verwertung des Pflichtteilsanspruchs weiter den Schutz des § 852 Abs. 1 ZPO zuteil werden zu lassen. Vielmehr wäre es wertungsmäßig widersprüchlich, wenn zwar die Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag, nicht aber insbesondere dessen Abtretung an einen Dritten die Möglichkeit des Gläubigerzugriffs eröffnen würde.

Dies gilt selbst dann, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber über seinen Pflichtteilsanspruch zugunsten eines anderen, nach demselben Erbfall Pflichtteilsberechtigten verfügt. Zwar verlässt der Pflichtteilsanspruch dann nicht die durch § 852 Abs. 1 ZPO geschützte persönliche Sphäre, jedoch hat der Pflichtteilsanspruchsinhaber auch durch solch eine familieninterne Übertragung von seiner Entscheidungsfreiheit in einer Weise Gebrauch gemacht, die kein Fortbestehen des durch § 852 Abs. 1 ZPO gewährten Schutzes mehr rechtfertigt.

Entgegen einer anderslautenden Ansicht²⁵⁹ greifen diese Erwägungen auch für die Verpfändung des Pflichtteilsanspruchs nach § 1273 BGB. Auch wenn der Pflichtteilsanspruch durch die Verpfändung nur teilweise dem Pfandgläubiger zugeordnet wird, liegt darin bereits eine wirtschaftliche Verwertung des Pflichtteilsanspruchs,²⁶⁰ die es rechtfertigt, auch die Verpfändung der Anerkennung durch Vertrag gleichzustellen.²⁶¹

(2) Erforderlichkeit eines Verfügungsvertrags

Gegen die Gleichstellung der Verfügung über den Pflichtteilsanspruch mit dessen Anerkennung durch Vertrag wird angeführt, dass es bei der Verfügung an der Mitwirkung des Schuldners des Pflichtteilsanspruchs fehle und deshalb keine „vertragliche“ Anerkennung vorliegen könne.²⁶² Über das Wortlautargument hinaus ist dem entgegenzuhalten, dass eine Verfügung zwar keine „Anerkennung“ des Pflichtteilsanspruchs darstellt, wohl aber durch Vertrag erfolgt. Auf diesen sind die Erwägungen übertragbar, die oben zur Erforderlichkeit der Willenserklärung des Pflichtteilsanspruchsschuldners für die Anerkennung durch Vertrag angestellt wurden.²⁶³ Um die Ernsthaftigkeit der Entscheidung des Pflichtteilsanspruchsinhabers für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs sicherzustellen, erscheint es geboten, nicht allein die verfügende

²⁵⁸ *Hannich*, S. 85. Hingegen a.A. für unentgeltliche Verfügungen *Schubert*, JR 1994, 419 (420).

²⁵⁹ *Stöber*, Rn. 273d.

²⁶⁰ *Hannich*, S. 15.

²⁶¹ *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (175); *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (124); *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1769 f.); *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (274).

²⁶² Mit dieser Hervorhebung *Muscheler*, Universalsukzession, S. 216.

²⁶³ Oben unter § 4.V.2.a)bb)(1) (S. 98).

Willenserklärung des Pflichtteilsanspruchsinhabers ausreichen zu lassen, sondern den Vertragsschluss durch eine übereinstimmende Willenserklärung des Verfügungsempfängers zu fordern. Nimmt der Verfügungsempfänger die Verfügung an, spricht dies dafür, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber sich nicht nur leichtfertig und möglicherweise mehrdeutig geäußert hat, sondern tatsächlich eine rechtlich bindende Willenserklärung abgegeben hat, was auf das Vorhandensein der nötigen Ernsthaftigkeit schließen lässt. Die Willenserklärung des Verfügungsempfängers ist mithin Indiz und Garant für die Ernsthaftigkeit des Willens des Pflichtteilsanspruchsinhabers, seinen Pflichtteilsanspruch im Wege der wirtschaftlichen Verwertung geltend zu machen.

Dem Erfordernis eines durch Angebot und Annahme nach §§ 145 ff. BGB zustande kommenden Vertrags wäre auch Genüge getan, wenn man anstelle des Verfügungsvertrags bereits das Kausalgeschäft, mit dem sich der Pflichtteilsanspruchsinhaber zu einer Verfügung über seinen Pflichtteilsanspruch verpflichtet, ausreichen ließe.²⁶⁴ Oben wurde bereits ausgeführt, dass das Kausalgeschäft deshalb nicht unmittelbar als Anerkennung durch Vertrag anzusehen ist, weil diese einen Vertrag gerade mit dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs erfordert.²⁶⁵ Aus den dort näher dargelegten Gründen erscheint es auch nicht geboten, bereits die Verpflichtung zu einer Verfügung über den Pflichtteilsanspruch mit dessen Verfügung und damit der Anerkennung durch Vertrag gleichzusetzen. Um die Ernsthaftigkeit der Entscheidung des Pflichtteilsanspruchsinhabers zu gewährleisten, ist entweder ein das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs nur bestätigender Vertrag gerade mit dessen Schuldner oder aber ein dinglich wirksamer Verfügungsvertrag über den Pflichtteilsanspruch mit einem beliebigen Dritten zu fordern.

(3) Vergleich mit ähnlichen Normen

Die Gebotenheit der Gleichstellung der Verfügung über den Pflichtteilsanspruch mit dessen Anerkennung durch Vertrag wird auch durch einen Vergleich mit § 847 Abs. 1 Satz 2, § 1300 Abs. 2 BGB a.F. und mit der steuerrechtlichen Behandlung des Pflichtteilsanspruchs nicht in Zweifel gezogen.

(3.1) § 847 Abs. 1 Satz 2, § 1300 Abs. 2 BGB a.F.

Dass die Gleichstellung der Verfügung über den Pflichtteilsanspruch mit dessen Anerkennung durch Vertrag in der Auslegung der § 847 Abs. 1 Satz 2, § 1300 Abs. 2 BGB a.F. kein Vorbild findet, erklärt sich damit, dass in diesen Vorschriften gerade auch die – eine Verfügung darstellende – Übertragung des jeweiligen Anspruchs von dessen Anerkennung durch Vertrag oder von dessen Rechtshängigkeit abhing. Selbstverständlich konnte dann in einer Verfügung über den betreffenden Anspruch nicht dessen Anerkennung durch Vertrag gesehen werden.

²⁶⁴ So *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (284); *Zeranski*, NotBZ 2001, 19 (21 f.).

²⁶⁵ Oben unter § 4.V.2.a)bb)(3) (S. 102).

Da der Pflichtteilsanspruch aber nach § 2317 Abs. 2 Var. 2 BGB frei übertragbar ist und § 852 Abs. 1 ZPO nur die – als Verwertbarkeit zu verstehende²⁶⁶ – Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs einschränkt, lässt sich aus dem Vergleich mit § 847 Abs. 1 Satz 2, § 1300 Abs. 2 BGB kein Argument gegen die Gleichstellung der Verfügung über den Pflichtteilsanspruch mit dessen Anerkennung durch Vertrag ziehen.²⁶⁷

(3.2) Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz

Auch ein Vergleich mit der erbschaftsteuerrechtlichen Behandlung des Pflichtteilsanspruchs legt es, entgegen einer anderslautenden Ansicht,²⁶⁸ nicht nahe, der Gleichstellung der Verfügung über den Pflichtteilsanspruch mit dessen Anerkennung durch Vertrag die Gefolgschaft zu versagen.²⁶⁹

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ist der Erwerb eines Pflichtteilsanspruchs als solcher erbschaftsteuerpflichtig. Auf der anderen Seite ist die Zahlungsverpflichtung aus einem Pflichtteilsanspruch von einer erbschaftsteuerpflichtigen Erbschaft nach § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG abzugsfähig. Um den Pflichtteilsanspruchsinhaber nicht zur Realisierung seines Pflichtteilsanspruchs zu drängen, sondern ihm auch die Möglichkeit zu belassen, den ihm zustehenden Pflichtteilsanspruch nicht einzufordern, erfassen beide Normen nur „den geltend gemachten Pflichtteil[sanspruch]“. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b ErbStG entsteht die Steuer ausdrücklich erst mit dem Zeitpunkt der Geltendmachung. Damit wird zugleich die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers geschützt und der Tatsache Rechnung getragen, dass der Pflichtteilsanspruch nicht rückwirkend ausgeschlagen werden kann.²⁷⁰

Während unter der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs im Sinne des ErbStG einheitlich das ernstliche Verlangen des Berechtigten nach Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs gegenüber dem Erben verstanden wird,²⁷¹ ist umstritten, ob auch eine Abtretung steuerrechtlich als Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs anzusehen ist. Einer Ansicht zufolge fasst der Pflichtteilsanspruchsinhaber mit der Abtretung noch nicht den Entschluss, auf Grundlage seines Pflichtteilsanspruchs Auszahlung zu verlangen, sondern überlässt diese Entscheidung gerade dem Zessionar. Daher liege in der Abtretung noch keine steuerrechtli-

²⁶⁶ Vgl. oben unter § 4.IV.2.c) (S. 71).

²⁶⁷ *Zeranski*, NotBZ 2001, 19 (22).

²⁶⁸ *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 216.

²⁶⁹ Für die Parallelität zwischen der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO und dessen Geltendmachung im erbschaftsteuerrechtlichen Sinne ausdrücklich *Herzog*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 139.

²⁷⁰ *Gebel*, in: *Troll/Gebel/Jülicher*, § 3 Rn. 224; *Lampert*, in: *jurisPK-BGB*, *Steuerrechtl. Hinw.* zu § 2303 Rn. 1; *Meincke*, § 9 Rn. 30.

²⁷¹ BFH, Urt. v. 19.07.2006 – II R 1/05, BFHE 213, 122 (Juris-Rn. 9 = S. 124) m.w.N.; BFH, Urt. v. 31.03.2010 – II R 22/09, BFHE 229, 374 (Rn. 14); *Seer/Krumm*, ZEV 2010, 57 (57); *Wälzholz*, ZEV 2007, 162 (163); *Gebel*, in: *Troll/Gebel/Jülicher*, § 3 Rn. 226; kritisch *Meincke*, ZErB 2004, 1 (3).

che Geltendmachung. Erst wenn der Zessionar selbst den an ihn abgetretenen Pflichtteilsanspruch geltend mache, entstehe – beim Zedenten und ursprünglichen Pflichtteilsanspruchsinhaber – die Steuerlast.²⁷² Eine vermittelnde Ansicht hält für die Frage, ob mit der Abtretung des Pflichtteilsanspruchs konkludent dessen Geltendmachung zum Ausdruck gebracht wird, eine Einzelfallbetrachtung für angezeigt, wobei die Abtretung wohl regelmäßig als Geltendmachung zu werten sei.²⁷³ Einer dritten Ansicht nach liegt in jeder Abtretung des Pflichtteilsanspruchs zugleich dessen Geltendmachung im erbschaftsteuerrechtlichen Sinn. Die Abtretung sei eine Handlung, mit welcher der Pflichtteilsanspruchsinhaber seine Absicht erkennen lasse, den Pflichtteilsanspruch tatsächlich auszuüben.²⁷⁴

Unabhängig von diesen sich widersprechenden Ansichten zu der Frage, ob die Abtretung des Pflichtteilsanspruchs erbschaftsteuerrechtlich dessen Geltendmachung gleichzustellen ist, ist festzustellen, dass sich der auf die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs abstellende Wortlaut der erbschaftsteuerrechtlichen Normen vom Wortlaut des die Anerkennung durch Vertrag verlangenden § 852 Abs. 1 ZPO unterscheidet, sodass aus der Auslegung der erbschaftsteuerrechtlichen Vorschriften keine Rückschlüsse auf die Auslegung des § 852 Abs. 1 ZPO gezogen werden können.²⁷⁵ Darüber hinaus wird sogar in einem die Abtretung des Pflichtteils erbschaftsteuerrechtlich nicht als Geltendmachung erachtenden finanzgerichtlichen Urteil anerkannt, dass der Schutzzweck des § 852 Abs. 1 ZPO nicht greife, sodass zivilrechtlich mit der Abtretung die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO als erfüllt anzusehen seien.²⁷⁶

Auch der Vergleich mit der erbschaftsteuerrechtlichen Behandlung des Pflichtteilsanspruchs spricht damit nicht dagegen, die Verfügung über den Pflichtteilsanspruch mit dessen Anerkennung durch Vertrag im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO gleichzustellen.

cc) Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass auch eine Verfügung über den Pflichtteilsanspruch – freilich mit Ausnahme des Verzichts durch Erlassvertrag²⁷⁷ – einer Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO gleichzustellen ist.

²⁷² Hessisches Finanzgericht, Urt. v. 07.03.1990 – 10 K 389/83, EFG 1990, 587 (Juris-Rn. 19 = S. 587) m.w.N.; *Meincke*, § 9 Rn. 33.

²⁷³ *Gebel*, in: Troll/Gebel/Jülicher, § 3 Rn. 230.

²⁷⁴ *Uricher*, in: Daragan/Halaczinsky/Riedel, § 3 ErbStG Rn. 56.

²⁷⁵ Hessisches Finanzgericht, Urt. v. 07.03.1990 – 10 K 389/83, EFG 1990, 587 (Juris-Rn. 21 = S. 588).

²⁷⁶ Hessisches Finanzgericht, Urt. v. 07.03.1990 – 10 K 389/83, EFG 1990, 587 (Juris-Rn. 21 = S. 588).

²⁷⁷ Vgl. dazu oben unter § 4.V.2.a)bb)(2) (S. 100).

Wie bei der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag²⁷⁸ sollte auch bei der Gleichstellung der Verfügung über den Pflichtteilsanspruch die Wirksamkeit der Verfügung nicht als zwingende Voraussetzung erachtet werden. Erforderlich ist lediglich, dass das Wirksamkeitshindernis nicht zugleich der Ernsthaftigkeit der Pflichtteilsanspruchsgeltendmachung durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber entgegensteht.²⁷⁹ Praktisch relevant ist diese Frage, wenn die Verfügung des Pflichtteilsanspruchsinhabers wegen vorheriger Pfändung des Pflichtteilsanspruchs dem Pfändungsgläubiger gegenüber relativ unwirksam²⁸⁰ oder wegen vorherigen Insolvenzbeschlags des Pflichtteilsanspruchs absolut unwirksam ist²⁸¹. Regelmäßig wird auch eine solche Verfügung als Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO anzusehen sein. Anders kann die Lage nur dann zu beurteilen sein, wenn dem verfügenden Pflichtteilsanspruchsinhaber im konkreten Fall die Unwirksamkeit seiner Verfügung so klar vor Augen stand, dass an der Ernsthaftigkeit seiner Verfügungserklärung zu zweifeln ist.

Auch in einer noch zu Lebzeiten des Erblassers erfolgenden Verfügung über den künftigen Pflichtteilsanspruch²⁸² kann die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO liegen. Sofern der künftige Pflichtteilsanspruchsinhaber im konkreten Fall von der Wirksamkeit seiner Verfügung ausging, ist die Einhaltung der Voraussetzungen des § 311b Abs. 5 BGB hierfür nicht zwingend erforderlich.

3. Gemeinsame Fragen beider Tatbestandsvarianten

Nach der grundsätzlichen Klärung, wann ein Pflichtteilsanspruch im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist, sind Detailfragen zu behandeln, die sich für die Tatbestandsvarianten der Rechtshängigkeit und der Anerkennung durch Vertrag in ähnlicher Weise stellen.

a) Bezifferung des Pflichtteilsanspruchs

Dabei ist zunächst zu fragen, ob die Rechtshängigkeit oder die Anerkennung durch Vertrag eine Bezifferung des Pflichtteilsanspruchs voraussetzen.

Die herrschende Ansicht verneint diese Frage und hält sowohl eine unbezifferte Feststellungsklage²⁸³ als auch eine Anerkennung dem Grunde nach²⁸⁴

²⁷⁸ Dazu oben unter § 4.V.2.a)bb)(5) (S. 104).

²⁷⁹ *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (282 f.).

²⁸⁰ Dazu oben unter § 4.IV.4.a)bb)(2) (S. 88).

²⁸¹ Dazu unten unter § 7.III.2.a) (S. 171).

²⁸² Vgl. zu dieser Möglichkeit oben unter § 1.VIII.2.c) (S. 28).

²⁸³ *Stöber*, Rn. 270; *Ahrens*, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 5; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 9; *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 852 Rn. 4. A.A. wohl, allerdings ohne nähere Begründung, *Brehm*, in: Stein/Jonas, § 852 Rn. 3.

²⁸⁴ *Klump*, ZEV 1998, 123 (126); *Grziwotz*, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, § 2317 Rn. 30; *Stöber*, Rn. 270; *Kessal-Wulf/Lorenz*, in: Schuschke/Walker, § 852 Rn. 2; *Lüke*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 852 Rn. 4; *Riedel*, in: BeckOK-ZPO, § 852 Rn. 9.

für ausreichend. Ist der Pflichtteilsanspruch unbeziffert geltend gemacht, werden die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO insgesamt als erfüllt angesehen, sodass der Pflichtteilsanspruch in voller Höhe für die Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers verwertbar ist.

Diese herrschende Ansicht erscheint zutreffend. Hat der Pflichtteilsanspruchsinhaber seinen Anspruch mit einer unbezifferten Feststellungsklage rechtshängig gemacht oder eine Anerkennung durch Vertrag dem Grund nach herbeigeführt, so hat er damit seine Entscheidung für die Geltendmachung des (vollen) Pflichtteilsanspruchs ausgeübt. Wie in § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. soll auch durch die in § 852 Abs. 1 ZPO formulierten Anforderungen nur Streit über das Ob der Anspruchsgeltendmachung, nicht aber auch über dessen Höhe vermieden werden.²⁸⁵ Gründe dafür, das Erfordernis der Bezifferung bei der Rechtshängigkeit anders zu beurteilen als bei der Anerkennung durch Vertrag, sind nicht ersichtlich.²⁸⁶ Keine Bezifferung des Pflichtteilsanspruchs zu fordern, steht zudem in Einklang mit der erbschaftsteuerlichen Beurteilung, die einen unbeziffert geltend gemachten Pflichtteilsanspruch für in voller Höhe steuerbar hält, selbst wenn später tatsächlich nur ein Teilbetrag gezahlt wird.²⁸⁷ Wie die Geltendmachung im erbschaftsteuerrechtlichen Sinne²⁸⁸ ist daher auch die Rechtshängigkeit im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO zu bejahen, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber nicht nur seinen Auskunftsanspruch aus § 2314 BGB als solchen gerichtlich verfolgt, sondern im Rahmen einer Stufenklage nach § 254 ZPO gleichzeitig auch einen zunächst noch unbezifferten Leistungsantrag stellt.

b) Teilweise Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs

Wird der Pflichtteilsanspruch in bezifferter Form rechtshängig gemacht oder durch Vertrag – etwa auch im Wege der Verfügung in bezifferter Höhe – anerkannt, fragt sich, ob der Pflichtteilsanspruch dann nur in der bezifferten Höhe oder in seiner den bezifferten Betrag möglicherweise übersteigenden tatsächlichen Höhe dem Zugriff der Gläubiger unterfällt.

²⁸⁵ So zu § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. BGH, Urt. v. 16.01.1973 – VI ZR 197/71, NJW 1973, 620 (Juris-Rn. 20 = S. 620 f.).

²⁸⁶ So ebenfalls zu § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. BGH, Urt. v. 16.01.1973 – VI ZR 197/71, NJW 1973, 620 (Juris-Rn. 20 = S. 620 f.).

²⁸⁷ BFH, Urt. v. 19.07.2006 – II R 1/05, BFHE 213, 122 (Juris-Rn. 9 = S. 124); BFH, Urt. v. 31.03.2010 – II R 22/09, BFHE 229, 374 (Rn. 14); *Kreilinger*, MittBayNot 2007, 348 (349); *Messner*, ZEV 2006, 515 (515); *Wälzholz*, ZEV 2007, 162 (163). A.A., nämlich Bezifferung fordern, *Meincke*, ZErB 2004, 1 (2 f.). Nicht ganz klar *Meincke*, § 9 Rn. 32, der einerseits das uneingeschränkte Verlangen des vollen Pflichtteilsanspruchs ausreichen lässt, andererseits aber in dem unbezifferten Leistungsantrag im Rahmen einer Stufenklage noch keine Geltendmachung sieht.

²⁸⁸ Finanzgericht Rheinland-Pfalz, Urt. v. 10.12.2001 – 4 K 2203/00, ZErB 2002, 196 (Juris-Rn. 15 = S. 197); *Kreilinger*, MittBayNot 2007, 348 (349); *Lampert*, in: jurisPK-BGB, Steuerrechtl. Hinw. zu § 2303 Rn. 4 f. A.A. *Meincke*, ZErB 2004, 1 (2 f.); *Meincke*, § 9 Rn. 32.

Überwiegend scheint die Literatur davon auszugehen, dass ein beziffert geltend gemachter Pflichtteilsanspruch unabhängig von dem angegebenen Betrag in voller Höhe nach § 852 Abs. 1 ZPO pfänd- und verwertbar ist.²⁸⁹ Es wird aber auch vertreten, dass der Pflichtteilsanspruch nur in Höhe des mit einer bezifferten Teilklage eingeklagten Betrags oder nur in der vertraglich anerkannten Höhe verwertbar sei.²⁹⁰

Systematischen Bedenken begegnet die Ansicht, welche bei der teilweisen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs von dessen Verwertbarkeit in voller Höhe ausgeht, weil sie zugleich die Möglichkeit eines durch § 852 Abs. 1 ZPO geschützten Teilverzichts verneint. Treffen nämlich etwa im Rahmen eines Vergleichs Teilverzicht und Teilanerkennnis des Pflichtteilsanspruchs zusammen, müsste diese Ansicht zu dem Ergebnis gelangen, dass der Pflichtteilsanspruch dann in voller Höhe dem Zugriff der Gläubiger preisgegeben ist und der Teilverzicht dem Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers gegenüber keinen Bestand haben kann, weil er entweder, sofern er nach Pfändung des Pflichtteilsanspruchs erfolgt ist, gegen das im Pfändungsbeschluss enthaltene Inhibitorium nach § 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO verstößt und daher nach § 135 Abs. 1 Satz 1, § 136 BGB unwirksam ist,²⁹¹ oder weil er, sofern er vor Pfändung des Pflichtteilsanspruchs erfolgt ist, der Gläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz unterliegt.²⁹² Dies ist nicht mit der herrschenden Meinung zu vereinbaren, welche auch die Möglichkeit eines bloßen Teilverzichts als Bestandteil der von § 852 Abs. 1 ZPO geschützten Entscheidungsfreiheit ansieht.²⁹³

Für die Pfänd- und Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs in seiner vollen tatsächlichen Höhe wird angeführt, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber auch mit einer (bezifferten) Teilklage seine grundsätzliche Entscheidung für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs ausgeübt habe.²⁹⁴ Dieses Argument greift aber insofern zu kurz, als vielmehr noch grundsätzlicher zu klären ist, ob die von § 852 Abs. 1 ZPO geschützte Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers auch im Sinne einer nur teilweisen Anspruchsgeltendmachung ausgeübt werden kann. Dass es dem Pflichtteilsanspruchsinhaber konstruktiv möglich ist, nur einen Teil seines Pflichtteilsanspruchs rechtshängig zu machen oder durch Vertrag anzuerkennen oder auch nur über einen Teil seines Pflichtteilsanspruchs zu verfügen, steht außer Zweifel. Zu fragen ist aber, ob § 852 Abs. 1 ZPO dem Pflichtteilsanspruchsinhaber nur eine Entscheidung nach

²⁸⁹ Wax, LM § 852 ZPO Nr. 1 (11/1993), 2067 (2067r); Hannich, S. 13, 85; wohl auch Ahrens, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 5; Meller-Hannich, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 9.

²⁹⁰ Stöber, Rn. 270, 273b.

²⁹¹ Vgl. dazu oben unter § 4.IV.4.a)bb)(2) (S. 89).

²⁹² Vgl. dazu unten unter § 5.II.1.b) (S. 149).

²⁹³ OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.03.1999 – 7 U 143/98, FamRZ 2000, 367 (Juris-Rn. 26 = S. 368); Hannich, S. 82–85; Meller-Hannich, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 20. Vgl. dazu auch oben unter § 4.IV.4.a)bb)(2) (S. 89) und unten unter § 5.II.1.b) (S. 149).

²⁹⁴ Hannich, S. 13.

dem „Alles-oder-nichts-Prinzip“ zugesteht oder ob § 852 Abs. 1 ZPO auch eine „Teils-teils-Entscheidung“ anerkennt.

Diese Frage dürfte im letztgenannten Sinne zu beantworten sein. Zwar sind den Gesetzgebungsmaterialien dazu keinerlei Hinweise zu entnehmen. Doch zeigt sich bei teleologischer Betrachtung, dass es durchaus geboten sein kann, den vom Pflichtteilsanspruchsinhaber (noch) nicht geltend gemachten Teil seines Pflichtteilsanspruchs dem Zugriff der Gläubiger (weiter) vorzuenthalten. Die Motive für die Nichtgeltendmachung des Pflichtteilsanspruchs, die § 852 Abs. 1 ZPO als anerkennenswert voraussetzt,²⁹⁵ verlieren ihre Berechtigung nämlich nicht zwangsläufig dann, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber sich teilweise für die Geltendmachung entscheidet. Hält etwa die Rücksicht auf Belange des Schuldners des Pflichtteilsanspruchs den Pflichtteilsanspruchsinhaber von der uneingeschränkten Geltendmachung ab, so kann der Pflichtteilsanspruchsinhaber diese Rücksicht sehr wohl auch nur hinsichtlich eines Teils seines Pflichtteilsanspruchs walten lassen. Möchte der Pflichtteilsanspruchsinhaber aus moralisch-familiären Gründen nicht in der vollen ihm zustehenden Höhe am Wert des Nachlasses des Erblassers partizipieren, so schließt dies die Partizipation in einer bestimmten Höhe doch nicht zwingend aus.

Die besseren Argumente sprechen also dafür, die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nur in der Höhe zu bejahen, in welcher der Pflichtteilsanspruch rechtshängig gemacht oder durch Vertrag anerkannt wird. Die Subjunktion „wenn“ in § 852 Abs. 1 ZPO ist also als „soweit“ oder als „wenn und soweit“ zu verstehen. Dass der Gesetzgeber die Norm nicht entsprechend formuliert hat, dürfte auf dem für die Formulierung von Normen geltenden Gebot der Vereinfachung und Verallgemeinerung beruhen und spricht kaum gegen die hier vertretene Ansicht.

Hinsichtlich des die teilweise Geltendmachung übersteigenden Restes bis zur vollen Höhe des Pflichtteilsanspruchs ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Pflichtteilsanspruchsinhaber auf diesen Rest verzichtet oder sich dessen Geltendmachung vorbehalten hat. Dies entspricht der Situation beim Teilverzicht.²⁹⁶ Sowohl der Verzicht auf den verbleibenden Rest als auch das Vorbehalten einer Entscheidung darüber für einen späteren Zeitpunkt sind nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent möglich. Bringt der Pflichtteilsanspruchsinhaber beim Rechtshängigmachen oder bei der vertraglichen Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs gegenüber dem Pflichtteilsanspruchsschuldner zum Ausdruck, einen den geltend gemachten Betrag übersteigenden Teil nicht mehr geltend machen zu wollen, so wird ein Verzicht auf diesen Teil durch Erlassvertrag nach § 397 BGB anzunehmen sein. Der Gläubigerzugriff auf den Pflichtteilsanspruch ist dann endgültig nur – und immerhin – in der geltend gemachten Höhe eröffnet. Behält der Pflichtteilsanspruchsinhaber es sich hingegen ausdrücklich vor, zu einem späteren Zeitpunkt einen weiteren

²⁹⁵ Vgl. zu diesen Motiven oben unter § 3.I. (S. 41).

²⁹⁶ Vgl. dazu oben unter § 4.V.2.a)bb)(2) (S. 101).

Teilbetrag geltend zu machen, oder äußert er sich zu dieser Möglichkeit überhaupt nicht, so sind die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO hinsichtlich des geltend gemachten Teilbetrags erfüllt; hinsichtlich des Restbetrags greift hingegen der Schutz des § 852 Abs. 1 ZPO, bis der Pflichtteilsanspruchsinhaber auch diesen Rest rechtshängig macht oder dessen Anerkennung durch Vertrag herbeiführt.

Die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO im Falle der teilweisen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nur in Höhe des rechtshängig gemachten oder durch Vertrag anerkannten Betrags anzunehmen, deckt sich im Übrigen weitgehend mit der erbschaftsteuerlichen Behandlung. Hat der Pflichtteilsanspruchsinhaber seinen Anspruch beziffert geltend gemacht und dabei zu erkennen gegeben, dass keine weiteren Leistungen verlangt werden sollen (also einen Höchstbetrag genannt), ist der Pflichtteilsanspruch nur in der geltend gemachten Höhe für die Erbschaftsteuer relevant.²⁹⁷ Freilich wird die Steuerbarkeit des Pflichtteilsanspruchs in voller Höhe angenommen, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber seine Geltendmachung nicht ausdrücklich auf einen bestimmten Höchstbetrag beschränkt²⁹⁸ oder nicht ausdrücklich oder konkludent auf den übersteigenden Rest durch Erlassvertrag verzichtet.²⁹⁹ Dieser Unterschied zu der hier befürworteten Handhabung des § 852 Abs. 1 ZPO beruht darauf, dass eine gestaffelte Steuerbarkeit je nach der Geltendmachung von Teilbeträgen den Erfordernissen des Erbschaftsteuerrechts zuwiderliefe und deshalb der Grundsatz der einmaligen und zwingend abschließenden Erklärung über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs Geltung beansprucht.³⁰⁰ Dies spricht jedoch nicht dagegen, eine Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO je nach teilweisem Rechtshängigmachen oder teilweiser Anerkennung durch Vertrag anzunehmen.

Anwendbar sind diese Erwägungen zur teilweisen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs im Übrigen nicht nur, wenn der absolut bezifferte Betrag hinter dem vollen Betrag des Pflichtteilsanspruchs zurückbleibt, sondern auch dann, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber mit einer unbezifferten Feststellungsklage oder mit einer Anerkennung durch Vertrag nur einen – relativ angegebenen – Bruchteil seines Pflichtteilsanspruchs geltend macht.

²⁹⁷ BFH, Urt. v. 18.07.1973 – II R 34/69, BFHE 110, 196 (Juris-Rn. 18 = S. 199); BFH, Urt. v. 19.07.2006 – II R 1/05, BFHE 213, 122 (Juris-Rn. 10 = S. 124 f.); *Meincke*, ZErB 2004, 1 (3); *Wälzholz*, ZEV 2007, 162 (163 f.); *Gebel*, in: Troll/Gebel/Jülicher, § 3 Rn. 227; *Lampert*, in: jurisPK-BGB, Steuerrechtl. Hinw. zu § 2303 Rn. 8; *Meincke*, § 3 Rn. 52; § 9 Rn. 32; *Uricher*, in: Daragan/Halaczinsky/Riedel, § 3 ErbStG Rn. 56.

²⁹⁸ So *Wälzholz*, ZEV 2007, 162 (163).

²⁹⁹ So *Seer/Krumm*, ZEV 2010, 57 (62).

³⁰⁰ Dazu ausführlich *Seer/Krumm*, ZEV 2010, 57 (62).

c) Endgültigkeit der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs

Eine weitere Frage, die sich für beide Tatbestandsvarianten des § 852 Abs. 1 ZPO in ähnlicher Weise stellt, ist diejenige nach der Endgültigkeit der einmaligen Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO. Es ist zu klären, ob und mit welchen Rechtsfolgen das Rechtshängigmachen des Pflichtteilsanspruchs oder dessen Anerkennung durch Vertrag durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber wieder rückgängig gemacht werden kann. Im Rahmen der Rechtshängigkeit kommt dafür eine Rücknahme der Klage nach § 269 ZPO in Betracht; nach § 269 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO ist dann der Rechtsstreit als nicht anhängig – und damit auch als nicht rechtshängig – geworden anzusehen. Haben ferner Inhaber und Schuldner des Pflichtteilsanspruchs dessen Bestehen vertraglich anerkannt, erscheint der Abschluss eines Aufhebungsvertrags, mit welchem diese Anerkennung wieder beseitigt werden soll, als möglich. Hat schließlich der Pflichtteilsanspruchsinhaber über den Pflichtteilsanspruch verfügt, kann diese dinglich wirkende Verfügung zwar nicht ohne Weiteres durch Aufhebungsvertrag rückgängig gemacht werden; denkbar ist aber eine Rückübertragung an den Pflichtteilsanspruchsinhaber, insbesondere eine Rückabtretung des zuvor vom Pflichtteilsanspruchsinhaber abgetretenen Pflichtteilsanspruchs.

aa) Vertretene Ansichten

In der Literatur wird die Frage nach der Endgültigkeit der Entscheidung des Pflichtteilsanspruchsinhabers für die Geltendmachung seines Anspruchs vor allem im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Rechtshängigkeit in Bezug auf die Möglichkeit der Klagerücknahme diskutiert. Dabei ist die Literatur einhellig der Auffassung, dass eine Klagerücknahme, die nach Wirksamwerden der Pfändung erfolgt, also nach Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Pflichtteilsanspruchsschuldner gemäß § 829 Abs. 3 ZPO, die Pfändung trotz der Fiktion des § 269 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO nicht unwirksam macht.³⁰¹ Unterschiedlich beurteilt werden jedoch die Rechtsfolgen für den Fall, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber seine Klage vor dem Wirksamwerden der Pfändung zurücknimmt. Überwiegend wird vertreten, dass die Rechtshängigkeit in Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO dann wieder entfalle, sodass eine spätere Pfändung wegen Nichterfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO unwirksam sei.³⁰² Teilweise ist die Literatur aber auch der Auffassung, dass der

³⁰¹ *Gottwald*, Pflichtteilsrecht, Teil II § 2317 Rn. 35; *Stöber*, Rn. 270; *Tanck*, in: Mayer u. a., § 14 Rn. 350; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2; *Kessal-Wulf/Lorenz*, in: Schuschke/Walker, § 852 Rn. 3; *Lüke*, in: Wieczorek/Schütze, § 852 Rn. 5; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 9; *Riedel*, in: BeckOK-ZPO, § 852 Rn. 11; *Stöber*, in: Zöller, § 852 Rn. 2.

³⁰² *Gottwald*, Pflichtteilsrecht, Teil II § 2317 Rn. 35, Teil III Rn. 295; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2; *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 142; *Kessal-Wulf/Lorenz*, in: Schuschke/Walker, § 852 Rn. 3; *Lüke*, in: Wieczorek/Schütze, § 852 Rn. 5; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 9.

einmalige Eintritt der Rechtshängigkeit ausreiche und die Rechtshängigkeit bei der Pfändung nicht mehr andauern müsse.³⁰³

Zu der Rückabtretung eines einmal abgetretenen Pflichtteilsanspruchs und zur Aufhebung eines einmal vertraglich begründeten Pfandrechts wird in der Literatur die Ansicht geäußert, dass diese nicht zu einem Wiederaufleben der Pfändungsbeschränkung des § 852 Abs. 1 ZPO führten.³⁰⁴

bb) Bewertung und Ergebnis

Kritikwürdig an diesen Stellungnahmen in der Literatur ist zum einen, dass darin auf die Pfändung als solche und deren Wirksamwerden nach § 829 Abs. 3 ZPO abgestellt wird,³⁰⁵ wohingegen, wie von denselben Autoren an anderer Stelle anerkannt, § 852 Abs. 1 ZPO bei der gebotenen einschränkenden Auslegung gerade nicht die Pfändung, sondern nur die Verwertung des Pflichtteilsanspruchs beschränkt.³⁰⁶ Kritikwürdig ist zum anderen, dass die Frage nach der Endgültigkeit der Entscheidung des Pflichtteilsanspruchsinhabers für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs in einer der von § 852 Abs. 1 ZPO vorgesehenen Varianten nicht für beide Tatbestandsvarianten des Rechtshängigmachens und der Anerkennung durch Vertrag im Zusammenhang betrachtet und einheitlich beantwortet wird. So ist es widersprüchlich, wenn einerseits das erneute Eingreifen der Beschränkung des § 852 Abs. 1 ZPO nach rechtzeitiger Klagerücknahme mit der Begründung bejaht wird, dass die Pfändung – bzw. die Verwertung – gegen den Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers verstoßen würde,³⁰⁷ und andererseits in der Rückabtretung des Pflichtteilsanspruchs an den (ursprünglichen) Pflichtteilsanspruchsinhaber ein unzulässiges *venire contra factum proprium* gesehen wird.³⁰⁸ Tatsächlich beanspruchen beide Begründungen auch für die jeweils andere Tatbestandsvariante Geltung, sodass eine einheitliche Betrachtung geboten ist.

In der Sache ist zu fragen, ob es vom Schutzzweck des § 852 Abs. 1 ZPO umfasst ist, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber seine bereits ausgeübte Entscheidung für das Rechtshängigmachen des Pflichtteilsanspruchs oder für dessen Anerkennung durch Vertrag wieder rückgängig macht. Dazu wird die Ansicht geäußert, dass § 852 Abs. 1 ZPO nicht die – wandelbare – Willens-, sondern die nur einmal ausübbarer Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers schütze.³⁰⁹ Dass jedoch die durch Rechtshängigmachen des Pflichtteilsanspruchs oder durch dessen Anerkennung durch Vertrag dokumentierte Ent-

³⁰³ Ahrens, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 6; Baumbach/Hartmann, § 852 Rn. 4.

³⁰⁴ Klumpp, ZEV 1998, 123 (128 Fn. 14); Kuchinke, NJW 1994, 1769 (1770); Hannich, S. 15; Dieckmann, in: Soergel, § 2317 Rn. 15. Vgl. auch Lüke, FS Kanzleiter, 271 (283).

³⁰⁵ So etwa ausdrücklich Becker, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 2.

³⁰⁶ Vgl. unter § 4.IV.2.c) (S. 71).

³⁰⁷ Kessal-Wulf/Lorenz, in: Schuschke/Walker, § 852 Rn. 3; Stöber, Rn. 270.

³⁰⁸ So aber Kuchinke, NJW 1994, 1769 (1770); Hannich, S. 15.

³⁰⁹ Ahrens, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 6.

scheidung des Pflichtteilsanspruchsinhabers für die Geltendmachung endgültig und durch Klagerücknahme nicht zu revidieren sein soll, ist dem Wortlaut des § 852 Abs. 1 ZPO und den Gesetzgebungsmaterialien nicht zu entnehmen. Freilich besteht bei der Anerkennung durch Vertrag die Gefahr, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber bei Zugriff seiner Gläubiger auf den Pflichtteilsanspruch missbräuchlich die tatsächlich gar nicht rechtzeitig vor dem Zugriff erfolgte Beseitigung der Anerkennung durch einen Aufhebungsvertrag oder die Rückübertragung des Pflichtteilsanspruchs behauptet. Dieser Gefahr ist jedoch innerhalb des Prozesses durch die Handhabung der Darlegungs- und Beweislast Rechnung zu tragen. Da sowohl das Rechtshängigmachen als auch die Anerkennung durch Vertrag nicht gegenüber den Gläubigern des Pflichtteilsanspruchsinhabers erfolgen, wird bei beiden Varianten kein berechtigtes Vertrauen der Gläubiger auf das Fortbestehen der Erfüllung der Voraussetzungen begründet. Vielmehr ist ihnen der rasche Zugriff auf den zumindest vorübergehend verwertbaren Pflichtteilsanspruch durchaus zuzumuten.

Insgesamt erscheint es daher vorzugswürdig, sowohl der Klagerücknahme als auch der Aufhebung der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag und der rückgängigmachen einer Verfügung über den Pflichtteilsanspruch die Wirkung zuzumessen, dass dadurch die uneingeschränkte Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs, die vorübergehend bestanden hat, mit Wirkung *ex nunc* wieder beseitigt wird und die Beschränkung des § 852 Abs. 1 ZPO wieder gilt. Dies bedeutet freilich nicht, dass eine bereits begonnene oder erfolgte Verwertung abzubrechen oder rückgängig zu machen wäre. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO notwendige Voraussetzung für den Erlass eines Überweisungsbeschlusses und allein in diesem Rahmen gerichtlicher Überprüfung zugänglich.³¹⁰ War der Pflichtteilsanspruch im Zeitpunkt des Erlasses des Überweisungsbeschlusses rechtshängig oder durch Vertrag anerkannt, ist ein späterer Wegfall der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO für die weitere Verwertung auf Grundlage des Überweisungsbeschlusses ohne Bedeutung.

³¹⁰ Oben unter § 4.IV.3.b) (S. 76).

§ 5 Einzelgläubigeranfechtung

Eng mit der (Einzel-)Zwangsvollstreckung verwandt und daher in diesem Zusammenhang mit zu erörtern ist die Einzelgläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz, die von der Insolvenzanfechtung nach der Insolvenzordnung¹ zu unterscheiden ist.² Im Rahmen der Einzelgläubigeranfechtung können Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers unter Umständen selbst dann noch auf den Pflichtteilsanspruch zugreifen, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber auf diesen bereits zugunsten einer anderen Person eingewirkt hat. Zwar erfolgt bei der Einzelgläubigeranfechtung der Zugriff auf den Pflichtteilsanspruch nicht durch Pfändung und Überweisung zur Einziehung; trotzdem kann auch hier die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs von Bedeutung sein. Im Folgenden ist daher zu untersuchen, inwiefern die oben für die Auslegung des § 852 Abs. 1 ZPO gefundenen Ergebnisse auch die Einzelgläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz prägen.

Die Einzelgläubigeranfechtung ermöglicht außerhalb eines Insolvenzverfahrens einem Gläubiger, der für eine fällige Forderung einen vollstreckbaren Schuldtitel gegen den Schuldner erlangt hat, den Zugriff auf einen Vermögensgegenstand des Schuldners, welchen dieser in einer den Erfolg der Zwangsvollstreckung beeinträchtigenden Weise zugunsten einer dritten Person veräußert, weggegeben oder aufgegeben hat (§ 1 Abs. 1, Abs. 2, § 11 Abs. 1 AnfG). Anfechtbar sind sowohl Rechtshandlungen als auch Unterlassungen des Schuldners (§ 1 AnfG). Liegen die Voraussetzungen eines der Anfechtungsgründe vor (allgemeine Vorsatzanfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG, spezielle Vorsatzanfechtung bei entgeltlichem Vertrag mit einer nahestehenden Person nach § 3 Abs. 2 AnfG oder Anfechtung bei einer unentgeltlichen Leistung nach § 4 AnfG)³, kann der Gläubiger die Anfechtung durch Klage gegen den Dritten (§ 11, § 13 AnfG) oder durch einredeweise Verteidigung gegen die eigene Inanspruchnahme durch den Dritten (§ 9 AnfG) geltend machen. Im Rahmen der Verabschiedung der Insolvenzordnung wurde auch das bereits 1879 in Kraft getretene Anfechtungsgesetz reformiert, sodass nunmehr, abgesehen von geringfügigen späteren Änderungen, die seit dem 1. Januar 1999 geltende Fassung des Anfechtungsgesetzes maßgeblich ist.⁴

¹ Dazu unten unter § 9 (S. 247).

² Terminologisch ebenso und mit Hinweisen zu anderen Begriffsbildungen *Völmann-Stickelbrock*, KTS 2009, 392 (393); *Allgayer*, Rn. 4.

³ Den Sonderregelungen zur Anfechtung bei Gesellschafterdarlehen nach § 6, § 6a AnfG kommt im hiesigen Zusammenhang keine Bedeutung zu.

⁴ *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Vorb. zu §§ 1 ff. AnfG Rn. 2.

Für die Anwendbarkeit des Anfechtungsgesetzes auf den Pflichtteilsanspruch ist zunächst grundsätzlich zu fragen, ob eine Einwirkung des Pflichtteilsanspruchsinheriters auf seinen Pflichtteilsanspruch auch dann eine gläubigerbenachteiligende und damit nach § 1 AnfG anfechtbare Rechtshandlung darstellen kann, wenn der Pflichtteilsanspruch vor dieser Rechtshandlung mangels anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO noch nicht verwertbar ist. Sodann ist im Einzelnen zu erörtern, inwiefern es die Gläubiger benachteiligt, wenn der Pflichtteilsanspruchsinheriters seinen Pflichtteilsanspruch abtritt, ihn belastet, im Wege eines Erlassvertrags auf ihn verzichtet oder ihn bis zum Eintritt der Verjährung schlicht nicht geltend macht. Schließlich sind die Rechtsfolgen der Einzelgläubigeranfechtung einer gläubigerbenachteiligenden Einwirkung auf den Pflichtteilsanspruch aufzuzeigen.

I. Möglichkeit der Gläubigerbenachteiligung

Grundvoraussetzung der Einzelgläubigeranfechtung ist nach § 1 Abs. 1 AnfG, dass die anzufechtende Rechtshandlung die Gläubiger (objektiv) benachteiligt. Eine Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn die anzufechtende Rechtshandlung die Möglichkeit des anfechtenden Gläubigers, aus dem Schuldnervermögen Befriedigung zu erlangen, beeinträchtigt. Durch Verkürzung der Aktivmasse muss der Zugriff des anfechtenden Gläubigers auf das Schuldnervermögen vereitelt, erschwert oder verzögert werden.⁵ Abzustellen ist dabei allein auf die Zugriffsmöglichkeit des anfechtenden Gläubigers und nicht, wie bei der Insolvenzanfechtung, auf die Befriedigungsaussichten der Gläubiger Gesamtheit.⁶ Anders als bei der Insolvenzanfechtung kann eine Vermehrung der Passivmasse durch das Eingehen von Verbindlichkeiten daher keine Einzelgläubigerbenachteiligung bewirken.⁷

Erfordert der einschlägige Anfechtungstatbestand, wie § 3 Abs. 2 AnfG, ausnahmsweise eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung, muss die Gläubigerbenachteiligung unmittelbar durch die anzufechtende Rechtshandlung bewirkt werden und zeitgleich mit dieser vorliegen. Reicht hingegen, wie bei den sonstigen und im hiesigen Zusammenhang vor allem relevanten Anfechtungstatbeständen, eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung aus, so genügt es, wenn die Gläubigerbenachteiligung spätestens im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz gegeben ist.⁸ Wegen der Vorschrift des § 531

⁵ BGH, Urt. v. 19.03.1992 – IX ZR 14/91, NJW-RR 1992, 733 (Juris-Rn. 25 = S. 735); BGH, Urt. v. 22.12.2005 – IX ZR 190/02, BGHZ 165, 343 (Rn. 26); Zeuner, Rn. 387; Haertlein, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 1 AnfG Rn. 22; Kirchhof, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 91.

⁶ Kirchhof, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 91.

⁷ Kirchhof, in: MünchKomm-AnfG, Einführung Rn. 8, § 1 Rn. 7, 95. So nunmehr auch Haertlein, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 1 AnfG Rn. 22.

⁸ BGH, Urt. v. 12.11.1992 – IX ZR 237/91, NJW-RR 1993, 235 (Juris-Rn. 28 = S. 236 f.); BGH, Urt. v. 30.09.1993 – IX ZR 227/92, BGHZ 123, 320 (Juris-Rn. 12 = S. 322 f.); BGH, Urt. v. 09.12.1999 – IX ZR 102/97, BGHZ 143, 246 (Juris-Rn. 23 f. = S. 253 f.); BGH, Urt. v.

Abs. 2 ZPO ist regelmäßig auf die (letzte) erstinstanzliche Verhandlung abzustellen; auf die (letzte) Verhandlung vor dem Berufungsgericht kommt es nur bei Vorgängen an, die erst nach Schluss der erstinstanzlichen Verhandlung stattgefunden haben.⁹

Unproblematisch zu bejahen ist die Gläubigerbenachteiligung bei einer Weggabe des Pflichtteilsanspruchs, die regelmäßig durch eine Verfügung in Gestalt der Abtretung oder der Belastung erfolgt,¹⁰ wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber zuvor anderweitig die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt hat, sodass der Pflichtteilsanspruch im Zeitpunkt der Weggabe in jedem Fall pfändbar und für die Gläubiger verwertbar war.¹¹ Schwieriger zu beurteilen ist der Fall, dass vor der Weggabe des Pflichtteilsanspruchs die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt worden sind.

1. Verwertbarkeit als Voraussetzung der Anfechtung

Die herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur geht davon aus, dass die Weggabe des Pflichtteilsanspruchs durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber auch ohne vorherige anderweitige Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO gläubigerbenachteiligend im Sinne des § 1 Abs. 1 AnfG ist.¹² Die – angenommene¹³ – Voraussetzung der Pfändbarkeit des betreffenden Gegenstands im Zeitpunkt der anzufechtenden Rechtshandlung erachtet die herrschende Meinung für den Fall fehlender vorheriger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO mit Blick darauf als erfüllt, dass infolge des grundlegenden Urteils des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1993 der Pflichtteilsanspruch auch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO gepfändet werden kann.¹⁴ Freilich kann die Weggabe des Pflichtteilsanspruchs einen Einzelgläubiger nur dann tatsächlich benachteiligen, wenn der Pflichtteilsanspruch für ihn nicht nur pfändbar, sondern – zumindest zu einem späteren Zeitpunkt – auch verwertbar war. In seinem Urteil aus dem Jahr 1993 hat der Bundesgerichtshof die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO, welche die Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs begründen, darin gesehen, dass zwischen dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs und derjenigen Person, auf welche der zunächst abgetretene und sodann vererbte Pflichtteilsanspruch

23.11.2006 – IX ZR 126/03, ZIP 2007, 588 (Rn. 19); *Kreft*, in: Gerhardt/Kreft, Rn. 109; *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 1 AnfG Rn. 33; *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 76, 114.

⁹ *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 114.

¹⁰ Zu den anfechtbaren Rechtshandlungen im Einzelnen unten unter § 5.II. (S. 145).

¹¹ Etwa *Geitner*, S. 25.

¹² BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 19 = S. 190 f.); *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1772); *Schumacher-Hey*, RNotZ 2004, 544 (555 Fn. 106); *Lehmann*, S. 130 f.; *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 79.

¹³ Vgl. zu dieser Voraussetzung ausführlich unten unter § 5.I.2. (S. 130) und mit einem alternativen Ansatz unter § 5.I.3. (S. 134).

¹⁴ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 16 = S. 189).

übergegangen war, ein Vergleich geschlossen und der Pflichtteilsanspruch so durch Vertrag anerkannt worden war. Ausdrücklich offengelassen hat der Bundesgerichtshof dabei, ob nicht bereits in der Abtretung des Pflichtteilsanspruchs als solcher die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO lag.¹⁵ Letzteres ist, wie gezeigt,¹⁶ mit der ganz herrschenden Ansicht in der Literatur zu bejahen. Eine Verfügung über den Pflichtteilsanspruch ist nämlich der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag gleichzustellen, sodass durch eine Verfügung über den Pflichtteilsanspruch zwangsläufig zugleich die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt werden.¹⁷ Die vom Bundesgerichtshof im Jahr 1993 noch bejahte nachträgliche Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ist daher richtigerweise gar nicht möglich.¹⁸

Hat der Pflichtteilsanspruchsinhaber vor der Verfügung über seinen Pflichtteilsanspruch auf andere Weise die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bewirkt und damit auch die Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs begründet, steht das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung außer Frage. Ist aber keine vorherige Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgt, fällt die Herbeiführung der Verwertbarkeit mit der anzufechtenden Rechtshandlung zusammen. Die Bedeutung dieses Umstands für das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung ist kritisch zu hinterfragen.

a) Hypothetischer Kausalverlauf

Die höchstrichterliche Rechtsprechung und die herrschende Ansicht in der Literatur begegnen dem Einwand, dass ohne die angefochtene Verfügung die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO möglicherweise gar nicht herbeigeführt worden und der Pflichtteilsanspruch daher für den anfechtenden Gläubiger unverwertbar geblieben wäre, mit dem Hinweis darauf, dass im (Einzelgläubiger-)Anfechtungsrecht allein das reale Geschehen maßgeblich sei und einem hypothetischen Kausalverlauf zumindest dann keine Bedeutung zukomme, wenn der übertragene Gegenstand oder der an seine Stelle getretene Wert¹⁹ im Vermögen des Anfechtungsgegners noch vorhanden sei.²⁰

¹⁵ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 18 = S. 190).

¹⁶ Oben unter § 4.V.2.b) (S. 107).

¹⁷ Zur Ausnahme des ebenfalls eine Verfügung über den Pflichtteilsanspruch darstellenden Verzehrs oben unter § 4.V.2.a)bb)(2) (S. 100).

¹⁸ A.A. offenbar, allerdings ohne nähere Begründung, *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 187.

¹⁹ Dazu BGH, Urt. v. 27.09.1990 – IX ZR 67/90, ZIP 1990, 1420 (Juris-Rn. 25 = S. 1423).

²⁰ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 19 = S. 190 f.) mit Verweis auf BGH, Urt. v. 07.06.1988 – IX ZR 144/87, BGHZ 104, 355 (Juris-Rn. 8–18 = S. 358–363) und auf BGH, Urt. v. 21.01.1993 – IX ZR 275/91, BGHZ 121, 179 (Juris-Rn. 27–30 = S. 187–188). Vgl. ferner etwa *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (187); *Hammich*, S. 161–164; *Dieckmann*, in: Soergel, § 2317 Rn. 17; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 182.

Hatte die höchstrichterliche Rechtsprechung die Beachtlichkeit hypothetischer Kausalverläufe im Recht der Einzelgläubigeranfechtung zunächst bejaht,²¹ ist inzwischen in der Tat anerkannt, dass grundsätzlich nur das reale Geschehen maßgeblich ist und ein hypothetischer Kausalverlauf unbeachtlich ist, wenn der Gegenstand oder der an seine Stelle getretene Wert beim Anfechtungsgegner noch vorhanden ist.²² Nur wenn der Gegenstand oder der an seine Stelle getretene Wert beim Anfechtungsgegner nicht mehr vorhanden sei und wenn dies auf realen Umständen beruhe, die in gleicher Weise auch beim Schuldner zum Verlust geführt hätten, könne nach wertender Betrachtung auf der Ebene der Zurechnung ein hypothetischer Kausalverlauf Beachtung finden.²³ In der Literatur zur Gläubigeranfechtung wird ebenfalls die grundsätzliche Unbeachtlichkeit von Reserveursachen mit dem Argument bejaht, dass das Anfechtungsgesetz die Zurechnungsfrage gemäß seinem Normzweck selbstständig regelt.²⁴ Ausnahmsweise Berücksichtigung finden könnten hypothetische Umstände unter Wertungsgesichtspunkten allenfalls bei der Verpflichtung des Anfechtungsgegners zum Wertersatz,²⁵ die etwa dann entfallen könne, wenn der Anfechtungsgegner das Geleistete zu dem Zweck verwendet habe, zu dem es auch der Schuldner unanfechtbar von Rechts wegen hätte verwenden müssen.²⁶

Auf dieser Grundlage schenkt die herrschende Meinung im hiesigen Zusammenhang der Erwägung, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber ohne die angefochtene Verfügung die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt hätte und dass der Pflichtteilsanspruch so möglicherweise unverwertbar geblieben wäre, als einer bloßen Hypothese über einen anderweitigen Kausalverlauf keine Beachtung. Ob dies berechtigt ist, erscheint durchaus fraglich.²⁷ Anders als in den von der Rechtsprechung entschiedenen Konstellationen handelt es sich beim Fehlen einer anderweitigen Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ja nicht um ein positives, nur hypothetisch eintretendes Ereignis, sondern um das reale Geschehen des Unterlassens einer – tatsächlich auch nicht möglichen – anderweitigen Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nach der Verfügung über den Pflichtteilsanspruch.

²¹ Etwa BGH, Urt. v. 23.02.1984 – IX ZR 26/83, BGHZ 90, 207 (Juris-Rn. 13 = S. 211 f.).

²² BGH, Urt. v. 07.06.1988 – IX ZR 144/87, BGHZ 104, 355 (Juris-Rn. 13 = S. 360); BGH, Urt. v. 15.12.1994 – IX ZR 153/93, BGHZ 128, 184 (Juris-Rn. 30 = S. 192); BGH, Urt. v. 29.06.2004 – IX ZR 258/02, BGHZ 159, 397 (Juris-Rn. 13 = S. 401); *Zeuner*, Rn. 393; *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 1 AnfG Rn. 34.

²³ BGH, Urt. v. 21.01.1993 – IX ZR 275/91, BGHZ 121, 179 (Juris-Rn. 28 = S. 187); *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 1 AnfG Rn. 34.

²⁴ *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 172 mit Beispielen aus der Rspr. in Rn. 173–175.

²⁵ *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 172.

²⁶ *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 176.

²⁷ Kritisch zur Vergleichbarkeit der Situationen, im Ergebnis aber zustimmend, *Hannich*, S. 164 f.

b) Reichweite und Gegenstand der Anfechtung

Treffender dürfte es sein, das Sachproblem nicht über die Frage nach einem hypothetischen Kausalverlauf, sondern über die exakte Bestimmung der Reichweite und des Gegenstands der Einzelgläubigeranfechtung anzugehen. So sind das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 1 Abs. 1 AnfG und die Kausalität der angefochtenen Rechtshandlung hierfür dann zu bejahen, wenn ohne die angefochtene Rechtshandlung eine schnellere oder bessere Befriedigungsmöglichkeit für den anfechtenden Einzelgläubiger bestanden hätte.²⁸ Anders ausgedrückt, müsste sich die Befriedigung des anfechtenden Einzelgläubigers günstiger gestaltet haben, wenn man die angefochtene Rechtshandlung hinwegdenkt.²⁹ Denkt man im vorliegenden Zusammenhang die Verfügung über den Pflichtteilsanspruch hinweg und entfällt damit auch die mit der Verfügung bewirkte Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO, erhöht dies die Befriedigungsaussichten des anfechtenden Gläubigers nicht, da er den dann beim Pflichtteilsanspruchsschuldner verbleibenden Pflichtteilsanspruch zwar pfänden, ihn aber mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht verwerten könnte. Entfällt hingegen nur der Rechtsübergang als solcher, bleibt aber die mit der Verfügung verbundene Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bestehen, sind die Befriedigungsmöglichkeiten des anfechtenden Gläubigers tatsächlich deutlich günstiger, weil er dann auf den verwertbaren Pflichtteilsanspruch zugreifen könnte. Entscheidend ist also die exakte Bestimmung von Reichweite und Gegenstand der Einzelgläubigeranfechtung.

aa) Reichweite

Zum Umfang der Einzelgläubigeranfechtung wird einerseits geäußert, dass die der Anfechtung zugrunde liegenden Vorgänge wirtschaftlich und nicht formaljuristisch zu beurteilen seien,³⁰ sodass auf den rechtsgeschäftlichen oder tatsächlichen Gesamtvorgang der Weggabe des Gegenstands aus dem Schuldnervermö-

²⁸ BGH, Urt. v. 19.03.1992 – IX ZR 14/91, NJW-RR 1992, 733 (Juris-Rn. 25 = S. 735); *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 1 AnfG Rn. 22. So im Rahmen der Konkurs- bzw. Insolvenzanfechtung etwa BGH, Urt. v. 26.05.1971 – VIII ZR 61/70, WM 1971, 908 (Juris-Rn. 10 = S. 909); BGH, Urt. v. 26.01.1983 – VIII ZR 254/81, BGHZ 86, 349 (Juris-Rn. 26 = S. 354–356); BGH, Urt. v. 30.01.1986 – IX ZR 79/85, BGHZ 97, 87 (Juris-Rn. 42 = S. 96 f.); BGH, Urt. v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 (Rn. 18); BGH, Urt. v. 26.04.2012 – IX ZR 74/11, BGHZ 193, 129 (Rn. 11); BGH, Urt. v. 19.12.2013 – IX ZR 127/11, NJW 2014, 1239 (Rn. 7); *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 160; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 77.

²⁹ *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 160.

³⁰ BGH, Urt. v. 05.12.1991 – IX ZR 270/90, BGHZ 116, 222 (Juris-Rn. 11 = S. 225 f.); BGH, Urt. v. 17.07.2008 – IX ZR 245/06, ZIP 2008, 2136 (Rn. 11); *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. AnfG Rn. 9; *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 6, 51.

gen abzustellen sei.³¹ Teilweise angefochten werden könne ein Rechtsgeschäft nur dann, wenn es sich in einzelne, voneinander unabhängige Teile zerlegen lasse.³² Andererseits ist anerkannt, dass – auch bei der Einzelgläubigeranfechtung – jede Rechtshandlung grundsätzlich selbstständig auf die von ihr ausgehende Gläubigerbenachteiligung hin zu beurteilen ist, ohne dass eine Saldierung von Vor- und Nachteilen oder eine Vorteilsausgleichung nach schadensersatzrechtlichen Grundsätzen vorzunehmen wäre.³³ Dies gilt selbst dann, wenn mehrere Rechtshandlungen gleichzeitig vorgenommen werden oder sich wirtschaftlich ergänzen.³⁴

bb) Gegenstand

Der Gegenstand der Anfechtung wird zumindest für die Konkursanfechtung und die Insolvenzanfechtung so bestimmt, dass nicht die betreffende Rechtshandlung als solche, sondern nur deren gläubigerbenachteiligende Rechtswirkungen angefochten werden.³⁵ Hat eine einheitliche Rechtshandlung mehrere Wirkungen, die teilweise gläubigerbenachteiligend und teilweise nicht gläubigerbenachteiligend sind, werden allein die gläubigerbenachteiligenden Wirkungen angefochten; einen Rechtsgrundsatz, dass mehrere von einer Rechtshandlung verursachte Wirkungen nur insgesamt oder gar nicht anfechtbar seien, gibt es nicht.³⁶ Stützen lässt sich diese vereinzelnde³⁷ Bestimmung des Anfechtungsgegenstands auf die Vorschrift des § 140 Abs. 1 InsO, nach der eine Rechtshandlung als in dem Zeitpunkt vorgenommen gilt, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten.³⁸ Isoliert anfechtbar sind daher etwa die mit dem Abschluss

³¹ BGH, Urt. v. 23.10.2008 – IX ZR 202/07, ZIP 2008, 2272 (Rn. 24); BGH, Urt. v. 11.03.2010 – IX ZR 104/09, ZIP 2010, 793 (Rn. 12); *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 1 Rn. 7. Kritisch zu dieser Formulierung aber *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 6.

³² *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. AnfG Rn. 11.

³³ BGH, Urt. v. 26.01.2012 – IX ZR 99/11, ZIP 2012, 636 (Rn. 12); *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 49, 166 f. m.w.N. Vgl. auch *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. AnfG Rn. 11.

³⁴ BGH, Urt. v. 23.10.2008 – IX ZR 202/07, ZIP 2008, 2272 (Rn. 20); BGH, Urt. v. 26.01.2012 – IX ZR 99/11, ZIP 2012, 636 (Rn. 12).

³⁵ BGH, Urt. v. 16.03.1995 – IX ZR 72/94, NJW 1995, 1668 (Juris-Rn. 51 = S. 1670 f.); BGH, Urt. v. 21.01.1999 – IX ZR 329/97, ZIP 1999, 406 (Juris-Rn. 13 = S. 406 f.); BGH, Urt. v. 05.04.2001 – IX ZR 216/98, BGHZ 147, 233 (Juris-Rn. 12 = S. 236 f.); BGH, Urt. v. 09.07.2009 – IX ZR 86/08, ZIP 2009, 1674 (Rn. 29); *Gerhardt*, S. 123–128; *Henckel*, Insolvenzrecht im Umbruch, 239 (240 f.); *Allgayer*, Rn. 240; *Kreft*, in: *Gerhardt/Kreft*, Rn. 4; *Kaysner*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 6, 56a; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO, § 143 Rn. 9.

³⁶ BGH, Urt. v. 05.04.2001 – IX ZR 216/98, BGHZ 147, 233 (Juris-Rn. 12 = S. 236 f.); BGH, Urt. v. 09.07.2009 – IX ZR 86/08, ZIP 2009, 1674 (Rn. 32); BGH, Urt. v. 06.10.2009 – IX ZR 191/05, BGHZ 182, 317 (Rn. 13).

³⁷ Mit dieser Terminologie etwa *Ganter*, FS Görg, 169 (178 ff.).

³⁸ BGH, Urt. v. 09.07.2009 – IX ZR 86/08, ZIP 2009, 1674 (Rn. 35).

eines Kaufvertrags einhergehende Herstellung einer Aufrechnungslage³⁹ sowie die mit der Einbringung von Gegenständen in das Mietobjekt verbundene Begründung des Vermieterpfandrechts an diesen Gegenständen.⁴⁰ Auch die mit dem Brauen von Bier einhergehende Entstehung der Sachhaftung des Bieres für die entstandene Biersteuer nach § 76 Abs. 2 der Abgabenordnung ist als solche isoliert selbst dann anfechtbar, wenn durch das Brauen des Bieres zugleich eine Wertschöpfung erzielt wird, welche die durch die Sachhaftung gesicherte Biersteuer übersteigt.⁴¹

Für die Einzelgläubigeranfechtung hat die höchstrichterliche Rechtsprechung in zwei Urteilen aus den Jahren 2008 und 2010 entschieden, dass die in einem Kaufvertrag enthaltene Verrechnungsabrede außerhalb der Insolvenz jedenfalls dann nicht isoliert angefochten werden könne, wenn andere Gläubiger zu keinem Zeitpunkt mit Aussicht auf Erfolg in die Kaufpreisforderung vollstrecken konnten;⁴² ebenso sei die wirtschaftlich mit dem Abschluss eines Vergleichsvertrags zusammenhängende Anspruchsabtretung nicht isoliert anfechtbar.⁴³ Dieser Unterschied zur Anfechtung in der Insolvenz folge daraus, dass die Insolvenzanfechtung der Durchsetzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gläubiger diene, wohingegen die Einzelgläubigeranfechtung lediglich die Wiederherstellung der vereitelten Zwangsvollstreckungszugriffsmöglichkeit des anfechtenden Gläubigers bezwecke,⁴⁴ der durch die Anfechtung nicht besser stehen dürfe als ohne die angefochtene Rechtshandlung.⁴⁵ Auch wenn diese Entscheidungen in der Literatur teilweise Zustimmung gefunden haben,⁴⁶ ist diese Differenzierung wenig überzeugend. Freilich verfolgen die Insolvenzanfechtung und die Einzelgläubigeranfechtung unterschiedliche Ziele, jedoch vermag dies die unterschiedliche Bestimmung des Gegenstands der Anfechtung nicht zu begründen. Auch für die Konkurs- bzw. die Insolvenzanfechtung gilt, dass durch sie keine Vorteile verschafft werden sollen, die ohne die anfechtbare Rechtshandlung nicht bestünden.⁴⁷ Dennoch führt etwa die von der

³⁹ BGH, Urt. v. 05.04.2001 – IX ZR 216/98, BGHZ 147, 233 (Juris-Rn. 12, 16–20 = S. 236 f., 238–240).

⁴⁰ BGH, Urt. v. 14.12.2006 – IX ZR 102/03, BGHZ 170, 196 (Rn. 9 f.).

⁴¹ BGH, Urt. v. 09.07.2009 – IX ZR 86/08, ZIP 2009, 1674 (Rn. 24–37).

⁴² BGH, Urt. v. 23.10.2008 – IX ZR 202/07, ZIP 2008, 2272 (Rn. 16, 24); BGH, Urt. v. 11.03.2010 – IX ZR 104/09, ZIP 2010, 793 (Rn. 12, 19).

⁴³ BGH, Urt. v. 11.03.2010 – IX ZR 104/09, ZIP 2010, 793 (Rn. 13–19).

⁴⁴ Vgl. zu diesem Unterschied etwa auch *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 92.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 23.10.2008 – IX ZR 202/07, ZIP 2008, 2272 (Rn. 22–24, 30); BGH, Urt. v. 11.03.2010 – IX ZR 104/09, ZIP 2010, 793 (Rn. 10–12). Zu Letzterem auch *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 67.

⁴⁶ *Holzer*, EWIR 2009, 67 (68); *Huber*, NZI 2009, 70 (71). Kritisch hingegen *Onusseit*, ZInsO 2010, 2022 (2024–2026); *Völzmann-Stickelbrock*, KTS 2009, 392 (395).

⁴⁷ BGH, Urt. v. 26.05.1971 – VIII ZR 61/70, WM 1971, 908 (Juris-Rn. 10 = S. 909); BGH, Urt. v. 26.01.1983 – VIII ZR 254/81, BGHZ 86, 349 (Juris-Rn. 26 = S. 354–356); BGH, Urt. v. 30.01.1986 – IX ZR 79/85, BGHZ 97, 87 (Juris-Rn. 42 = S. 96 f.); *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 84.

höchstrichterlichen Rechtsprechung bejahte Beschränkung der Anfechtung des Bierbrauens auf die Entstehung der Sachhaftung des gebrauten Bieres für die entstandene Biersteuer dazu, dass die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger nach der Anfechtung besser steht als vor der Ausführung der Rechtshandlung des Bierbrauens. Weshalb eine solche Besserstellung zwar bei der Gläubigergesamtheit, nicht aber bei einem einzelnen Gläubiger, dessen Zugriffsmöglichkeiten vereitelt worden sind, gerechtfertigt sein soll, bedürfte einer näheren, von der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht gegebenen Begründung.

In Ermangelung einer solchen Begründung ist auch für die Einzelgläubigeranfechtung davon auszugehen, dass Gegenstand der Anfechtung nicht die betreffende Rechtshandlung als solche, sondern die von ihr ausgelösten gläubigerbenachteiligenden Wirkungen sind.⁴⁸ Auch für die Einzelgläubigeranfechtung, die mit § 8 Abs. 1 AnfG eine dem § 140 Abs. 1 InsO parallele Vorschrift kennt, gilt daher, dass im Sinne der vereinzelnden Betrachtung einzelne, abtrennbare Wirkungen einer einheitlichen Rechtshandlung selbst dann isoliert angefochten werden können, wenn dieselbe Rechtshandlung zugleich auch nicht anfechtbare, für die Gläubiger günstige Wirkungen gehabt hat.⁴⁹ Auch für die Einzelgläubigeranfechtung gibt es keinen Rechtsatz, dass mehrere von einer Rechtshandlung verursachte Wirkungen nur insgesamt oder gar nicht angefochten werden können.⁵⁰ In einer Entscheidung aus dem Jahr 2012 hat die höchstrichterliche Rechtsprechung zu Recht die bei einem Lebensversicherungsvertrag von der Umwandlung einer unwiderruflichen in eine widerrufliche Bezeichnung des Bezugsberechtigten ausgehenden Wirkungen als teilweise gläubigerbenachteiligend und daher anfechtbar angesehen.⁵¹ Die Einschränkung der Grundsätze zur Bestimmung des Gegenstands der Einzelgläubigeranfechtung durch das höchstrichterliche Urteil aus dem Jahr 2008 wurde dabei ausdrücklich als auf einen Sonderfall bezogen und als nicht zu verallgemeinernd erachtet.⁵²

c) Ergebnis

In Bezug auf die in Rede stehenden Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch sind Reichweite und Gegenstand der Gläubigeranfechtung folglich so zu bestimmen, dass die Anfechtung auf die allein gläubigerbenachteiligende Rechtswirkung des Übergangs der Inhaberschaft des Pflichtteilsanspruchs vom ursprüng-

⁴⁸ BGH, Urt. v. 11.03.2010 – IX ZR 104/09, ZIP 2010, 793 (Rn. 9 f.); BGH, Urt. v. 26.01.2012 – IX ZR 99/11, ZIP 2012, 636 (Rn. 11); *Gerhardt*, S. 123–128; *Allgayer*, Rn. 240–247; *Kirchhof*, in: *MünchKomm-AnfG*, § 1 Rn. 4.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 26.01.2012 – IX ZR 99/11, ZIP 2012, 636 (Rn. 12).

⁵⁰ BGH, Beschl. v. 26.01.2012 – IX ZB 111/10, NJW-RR 2012, 736 (Rn. 12) mit Verweis auf BGH, Urt. v. 05.04.2001 – IX ZR 216/98, BGHZ 147, 233 (Juris-Rn. 12 = S. 236 f.) (zur Anfechtung nach der KO) und auf BGH, Urt. v. 09.07.2009 – IX ZR 86/08, ZIP 2009, 1674 (Rn. 32) (zur Anfechtung nach der InsO).

⁵¹ BGH, Urt. v. 26.01.2012 – IX ZR 99/11, ZIP 2012, 636 (Rn. 9).

⁵² BGH, Urt. v. 26.01.2012 – IX ZR 99/11, ZIP 2012, 636 (Rn. 13).

lichen Pflichtteilsanspruchsinhaber auf den Anfechtungsgegner beschränkt werden kann. Diese Wirkung kann angefochten werden, ohne dass zugleich die mit der Verfügung einhergehende – für den anfechtenden Gläubiger günstige – Wirkung der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO mit angefochten werden müsste. Dass die Begründung der für die Anfechtbarkeit erforderlichen Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs mit der Rechtshandlung, deren Wirkungen teilweise angefochten werden sollen, zusammenfällt, steht der Anfechtung damit nicht entgegen. Bei zutreffender Bestimmung von Reichweite und Gegenstand der Einzelgläubigeranfechtung bedarf es hierzu folglich nicht der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung angestellten Erwägungen zur Unbeachtlichkeit eines hypothetischen Geschehensablaufs.

2. Pfändbarkeit als Voraussetzung der Anfechtung

Ganz überwiegend⁵³ wird in Rechtsprechung und Literatur die Pfändbarkeit des Gegenstands, über den verfügt wird, als Voraussetzung für die Gläubigerbenachteiligung und damit für die Einzelgläubigeranfechtung angesehen.⁵⁴ Parallel hierzu wird für die Konkurs- und die Insolvenzanfechtung eine Gläubigerbenachteiligung nur dann bejaht, wenn der betreffende Gegenstand pfändbar ist und somit nach § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO zur Insolvenzmasse zählen würde.⁵⁵ Verfügungen über unpfändbare Gegenstände werden, ebenso wie Verfügungen über schuldnerfremde, wertlose oder wertausschöpfend belastete Gegenstände,⁵⁶ als nicht gläubigerbenachteiligend und damit als nicht der Einzelgläubigeranfechtung unterliegend angesehen.

Die Annahme, die für geboten erachtete Anfechtbarkeit von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nur bei vorheriger Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs bejahen zu können, hat den Bundesgerichtshof dazu bewogen, in seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 1993 § 852 Abs. 1 ZPO entgegen seinem Wortlaut einschränkend so auszulegen, dass der Pflichtteilsanspruch bereits vor Erfüllung der Voraus-

⁵³ Zu einem alternativen Ansatz unten unter § 5.1.3. (S. 134).

⁵⁴ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 8 = S. 184–185); *Hannich*, S. 160–162; *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 1 AnfG Rn. 23; *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 76. Hingegen für die Einzelgläubigeranfechtung keine Pfändbarkeit verlangend *Hess*, § 129 Rn. 98.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 22.03.2001 – IX ZR 373/98, ZIP 2001, 889 (Juris-Rn. 24 = S. 890); BGH, Urt. v. 27.05.2003 – IX ZR 169/02, BGHZ 155, 75 (Juris-Rn. 16 = S. 81 f.); BGH, Urt. v. 10.07.2014 – IX ZR 280/13, ZIP 2014, 1887 (Rn. 12–15); BGH, Urt. v. 07.04.2016 – IX ZR 145/15, ZIP 2016, 1174 (Rn. 17); *Hess*, § 129 Rn. 98; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 184; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 84; *Leithaus*, in: Andres/Leithaus, § 129 Rn. 8; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, § 129 Rn. 68.

⁵⁶ Zur Einzelgläubigeranfechtung etwa *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 1 AnfG Rn. 23; *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 69–72, 99–101, 104 f. Zur Insolvenzanfechtung etwa *Huber*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 46 Rn. 64; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 169–171, 199–210.

setzungen des § 852 Abs. 1 ZPO pfändbar ist und dass dann nur noch die zwangsweise Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs durch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO aufschiebend bedingt ist.⁵⁷ Dieser Argumentation ist die Literatur gefolgt.⁵⁸

a) Maßgeblicher Zeitpunkt

Zumindest einer Präzisierung bedarf diese herrschende Auffassung zur Pfändbarkeit als Voraussetzung der Anfechtbarkeit insoweit, als bisweilen unbedacht das Vorliegen der Pfändbarkeit des betreffenden Gegenstands bereits im Zeitpunkt der Verfügung über diesen Gegenstand gefordert wird.⁵⁹ Da jedoch, wie bereits erwähnt,⁶⁰ die Gläubigerbenachteiligung nur bei den eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung voraussetzenden Anfechtungstatbeständen bereits mit Vornahme der anzufechtenden Rechtshandlung eintreten muss, ist lediglich bei diesen Anfechtungstatbeständen auf den Zeitpunkt der Verfügung abzustellen. Bei allen anderen Anfechtungstatbeständen, für die eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung ausreicht, genügt es, wenn die Gläubigerbenachteiligung spätestens im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz gegeben ist. Sowohl für die Einzelgläubigeranfechtung als auch für die Insolvenzanfechtung ist folgerichtig anerkannt, dass eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung zu bejahen ist, wenn ein bei Vornahme der anzufechtenden Handlung noch unpfändbarer Gegenstand später pfändbar wird.⁶¹ Je nachdem, ob der jeweilige Anfechtungstatbestand eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung verlangt oder eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung ausreichen lässt, kann die Pfändbarkeit des betreffenden Gegenstands also allenfalls für den nach § 8 Abs. 1 AnfG bzw. § 140 Abs. 1 InsO maßgeblichen Zeitpunkt oder für den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz gefordert werden.⁶²

b) Zusätzliches Erfordernis der Verwertbarkeit

Wenig überzeugend an der herrschenden Auffassung ist, zwar die Pfändbarkeit, nicht aber auch die Verwertbarkeit des betreffenden Gegenstands zu fordern.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 8 f., 16 = S. 184–186, 189).

⁵⁸ Etwa *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1772); *Lange/Kuchinke*, § 37 VIII 2 c.

⁵⁹ So für die Einzelgläubigeranfechtung BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 8 = S. 184–185); *Hannich*, S. 160–162; *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 1 AnfG Rn. 23.

⁶⁰ Oben unter § 5.I. (S. 122).

⁶¹ Für die Einzelgläubigeranfechtung: *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 76. A.A. *Hannich*, S. 162. Für die Insolvenzanfechtung: *Henckel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 80; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 187; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 84; *Rogge/Leptien*, in: HambKomm-InsR, § 129 Rn. 48.

⁶² So zur Einzelgläubigeranfechtung *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 76.

Zwar mag nach dem Wortlaut des § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO für die Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse die Pfändbarkeit genügen. Voraussetzung für die Benachteiligung sowohl des einzelnen anfechtenden Gläubigers als auch der Gläubiger Gesamtheit ist jedoch, dass dem Gläubigerzugriff etwas entzogen wird, aus dem andernfalls zumindest teilweise Befriedigung hätte erlangt werden können. Die Verfügung über einen für die Gläubiger dauerhaft nicht verwertbaren Gegenstand kann diese unabhängig davon nicht benachteiligen, ob der Gegenstand im maßgeblichen Zeitpunkt pfändbar ist oder nicht. Dass in Rechtsprechung und Literatur allein die Pfändbarkeit gefordert wird, mag darauf beruhen, dass die Pfändbarkeit in aller Regel – und anders als bei dem hier in Rede stehenden Pflichtteilsanspruch – mit der Verwertbarkeit des betreffenden Gegenstands einhergeht. Richtigerweise ist die Pfändbarkeit des Gegenstands indes allenfalls notwendige, nicht aber auch hinreichende Voraussetzung für das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung. Neben der Pfändbarkeit muss im relevanten Zeitpunkt auch die Verwertbarkeit des betreffenden Gegenstands gegeben sein. Dies gilt im Übrigen gleichermaßen für beide Arten der Gläubigeranfechtung, sodass es nicht gerechtfertigt ist, insoweit einen Unterschied zu machen und die Pfändbarkeit zwar für die Insolvenzanfechtung, nicht aber für die Einzelgläubigeranfechtung zu fordern.⁶³

c) Folge für die Auslegung des § 852 Abs. 1 ZPO

Zu Recht hat es der Bundesgerichtshof in seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 1993 nicht bei der Bejahung der Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs bewenden lassen, sondern zudem geprüft, ob im maßgeblichen Zeitpunkt die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt waren und somit die Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs begründet war.⁶⁴ Im Rahmen „der gebotenen wertenden Betrachtungsweise, die hier insbesondere durch den Normzweck des § 852 Abs. 1 ZPO beeinflusst wird,“ hat er sodann das Vorliegen der – ohne die Verfügung über den Pflichtteilsanspruch möglicherweise nie geschaffenen – Verwertbarkeit im maßgeblichen Zeitpunkt und somit die Einzelgläubigerbenachteiligung bejaht.⁶⁵

Führt an einer wertenden Beurteilung des Vorliegens der Verwertbarkeit im maßgeblichen Zeitpunkt kein Weg vorbei, so ist es doch nicht erforderlich, daneben die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs bereits vor der Verfügung über diesen Anspruch zu fordern. Nimmt man zutreffenderweise an, dass eine Verfügung über den Pflichtteilsanspruch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bedeutet⁶⁶ und dass dies eine Gläubigerbenachteiligung darstellt, spielt es für die Einzelgläubigeranfechtung keine Rolle, ob der Pflicht-

⁶³ So aber Hess, § 129 Rn. 98, der die Einzelgläubigeranfechtung etwa beim Verkauf eines nach § 811 ZPO nicht pfändbaren Eherings zulassen möchte.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 18 = S. 190).

⁶⁵ BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 19 = S. 190 f.).

⁶⁶ Dazu oben unter § 4.V.2.b) (S. 107).

teilsanspruch bereits davor pfändbar war. Hielte man hingegen das Zusammenfallen von Begründung der Verwertbarkeit und anzufechtender Rechtshandlung nicht für ausreichend, um eine Gläubigerbenachteiligung und damit die Anfechtbarkeit zu bejahen, wäre es auch für dieses Ergebnis ohne Relevanz, ob man den Pflichtteilsanspruch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO als pfändbar ansieht. Hängt die Anfechtbarkeit damit in beiden Fällen nicht von der Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ab, kommt dieser Frage anfechtungsrechtlich keine Bedeutung zu.

Es ist daher nicht richtig, wenn der Bundesgerichtshof in seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 1993 die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO entgegen dem Wortlaut der Vorschrift damit begründet, dass diese Pfändbarkeit Voraussetzung der – für geboten gehaltenen – Einzelgläubigeranfechtung sei.⁶⁷ Zwar ist zu berücksichtigen, dass jene Entscheidung noch unter Geltung der KO und des Anfechtungsgesetzes in seiner Fassung vor der zum 1. Januar 1999 in Kraft getretenen Reform aus dem Jahr 1994 ergangen ist. Relevante Unterschiede zwischen der damaligen und der heutigen Fassung der hier maßgeblichen Regelungen sind indes nicht ersichtlich. Selbst unter der Annahme, dass möglicherweise noch nicht die Verfügung über den Pflichtteilsanspruch als solche, jedenfalls aber der Vergleichschluss zwischen dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs und dessen späterem Inhaber die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bewirkt hat,⁶⁸ trifft es nicht zu, dass die Einzelgläubigeranfechtung von der Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs vor der Verfügung über diesen abhängt. Richtigerweise hätte der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1993 die Anfechtung der Abtretung des Pflichtteilsanspruchs nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG auch dann bejahen können und müssen, wenn er den Pflichtteilsanspruch nicht bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO für pfändbar erachtet hätte.⁶⁹

Geht die im höchstrichterlichen Grundsatzurteil aus dem Jahr 1993 enthaltene Begründung für die Bejahung der Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO damit fehl, heißt dies freilich nicht, dass auch das Ergebnis der Entscheidung unzutreffend wäre. Vielmehr wurde bereits dargelegt,⁷⁰ dass es für die Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers in mehrerlei Hinsicht von Vorteil ist, wenn sie nicht auf die Anfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch beschränkt sind, sondern den Pflichtteilsanspruch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO als in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend be-

⁶⁷ So aber BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 8 f., 16 = S. 184–186, 189); *Hannich*, S. 161. Wie hier *Harder*, WuB VI E. § 852 ZPO 1.94, 219 (221).

⁶⁸ So BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 18 = S. 190).

⁶⁹ *Harder*, WuB VI E. § 852 ZPO 1.94, 219 (221). A.A. *Hannich*, S. 161.

⁷⁰ Oben unter § 4.IV.1. (S. 65).

dingten Anspruch pfänden und auf dieser Grundlage schlicht die Unwirksamkeit einer späteren Verfügung über den Pflichtteilsanspruch geltend machen können. Das Ergebnis der Bejahung der Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO lässt sich damit schlüssig begründen und ist begrüßenswert. Allein die vom Bundesgerichtshof hierfür angeführte Begründung verfährt nicht, da nach den obigen Ausführungen die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs vor einer Verfügung über ihn keine Voraussetzung für die Einzelgläubigeranfechtung dieser Verfügung ist.

3. Alternativer Ansatz: Generelle Gläubigerbenachteiligung durch die Weggabe unpfändbarer Gegenstände

Im Gegensatz zu der herrschenden Meinung, welche die Pfändbarkeit des weggegebenen Gegenstands als Voraussetzung für die Gläubigerbenachteiligung ansieht,⁷¹ wird in jüngerer Zeit insbesondere von *Bitter* gefordert, die Weggabe unpfändbarer Gegenstände bei wertender Betrachtung generell als gläubigerbenachteiligend und daher anfechtbar anzusehen.⁷² Nach Darstellung des Inhalts und der Begründung dieses alternativen Ansatzes sowie dessen weitgehender Übereinstimmung mit den Ergebnissen der herrschenden Meinung ist die Anwendung dieses Ansatzes auf die Einzelgläubigeranfechtung der Weggabe des Pflichtteilsanspruchs zu untersuchen, bevor eine abschließende Bewertung erfolgen kann.

a) Inhalt und Begründung

Zumindest für die Insolvenzanfechtung ist *Bitter* als Vertreter des alternativen Ansatzes im Rahmen einer wertenden Betrachtungsweise der Auffassung, dass Verfügungen über einen unpfändbaren, an sich aber werthaltigen Gegenstand des Schuldners die Gläubiger unbeschadet der Erwägung benachteiligen, dass der ohne die Verfügung beim Schuldner verbleibende Gegenstand bei diesem für die Gläubiger weiterhin unpfändbar und unverwertbar geblieben wäre.⁷³ Die Pfändungsschutzvorschriften, die in der Insolvenz über § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO zur Anwendung gelangen, wollten nämlich den Schuldner regelmäßig davor schützen, dass durch zwangsweisen Zugriff sein Existenzminimum gefährdet oder in seine persönliche Entscheidungsfreiheit eingegriffen werde.⁷⁴ Dieser Schutzzweck greife aber dann nicht mehr, wenn der Schuldner den betreffenden Gegenstand freiwillig weggebe. Auch wenn der Schuldner vor, bei oder nach ei-

⁷¹ Dazu oben unter § 5.1.2. (S. 130).

⁷² So grundlegend zumindest in Bezug auf die Insolvenzanfechtung *Bitter*, FS K. Schmidt, 123; ebenso auch *Emmert/Ludwig*, ZInsO 2014, 2424 (2427). In aller Kürze für die Einzelgläubigeranfechtung ebenso bereits *Harder*, WuB VI E. § 852 ZPO 1.94, 219 (221).

⁷³ *Bitter*, FS K. Schmidt, 123 (129 ff., insbesondere 136–138); ebenso im Rahmen der Einzelgläubigeranfechtung für die Übertragung eines beim Schuldner noch nicht verwertbaren Vermögengegenstands *Harder*, WuB VI E. § 852 ZPO 1.94, 219 (221).

⁷⁴ *Bitter*, FS K. Schmidt, 123 (132 f.); *Emmert/Ludwig*, ZInsO 2014, 2424 (2424).

nem zwangsweisen Zugriff auf den Schutz insbesondere des § 811 ZPO nicht verzichten könne, sei ihm die freiwillige Verfügung über unpfändbare Gegenstände⁷⁵ unbenommen. In der freiwilligen Weggabe liege ein Verzicht auf den Schutz der Pfändungsvorschriften und eine Realisierung des in dem unpfändbaren Gegenstand verkörperten Wertes zugunsten des Verfügungsempfängers.⁷⁶ Zur Bejahung der Gläubigerbenachteiligung bei Übertragung eines an sich unpfändbaren Gegenstands sei es nicht erforderlich, die vorherige Pfändbarkeit des Gegenstands oder zumindest den Eintritt der Pfändbarkeit mit Vornahme der Verfügung anzunehmen. Bei wertender Betrachtung sei es geboten, derartige Vermögensübertragungen als gläubigerbenachteiligend anzusehen. § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO sei insoweit teleologisch zu reduzieren und unpfändbare Gegenstände, über die der Schuldner verfügen könne, seien zur sogenannten „potenziellen Insolvenzmasse“ zu rechnen.⁷⁷

b) Vergleich mit den Ergebnissen der herrschenden Meinung

In zahlreichen Konstellationen stimmt dieser alternative Ansatz mit den in der (insolvenz-)anfechtungsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur befürworteten Ergebnissen überein, vermag diese aber einfacher zu begründen.

Dies gilt etwa für Verfügungen über das Recht auf ein Geschmacksmuster oder ein Patent: Unter der Annahme, dass nach verbreiteter Auffassung aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht die persönliche Entscheidungsfreiheit des Gestalters über die Anmeldung als Geschmacksmuster folge und dass das geschmacksmusterrechtliche Anwartschaftsrecht daher an sich nur mit Zustimmung des Gestalters des Vollstreckungsschuldners unterliege, hat der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung aus dem Jahr 1998 unter Bezugnahme auf sein Grundsatzurteil zum Pflichtteilsanspruch aus dem Jahr 1993 zumindest angedeutet, dass die aus Gründen des Urheberpersönlichkeitsschutzes bestehende Unpfändbarkeit der Insolvenzanfechtung einer Verfügung durch den Gestalter selbst nicht entgegenstehen müsse.⁷⁸ Auch in der Literatur wird die Anfechtbarkeit der Abtretung eines geschmacksmusterrechtlichen Anwartschaftsrechts aus ähnlichen Gründen wie die Anfechtung einer Verfügung über den Pflichtteilsanspruch bejaht.⁷⁹ Generell wird das zur Anmeldung eines Patents, Gebrauchs- oder Geschmacksmusters berechtigende Erfinderrecht – zur Ermöglichung der Anfechtung – als von Anfang an pfändbar angesehen; verwertbar soll es aber erst ab der Kundgabe durch den Erfinder sein, die Erfindung wirtschaftlich nutzen zu

⁷⁵ Bei Forderungen ist freilich § 400 BGB zu beachten.

⁷⁶ Bitter, FS K. Schmidt, 123 (136 f.); Emmert/Ludwig, ZInsO 2014, 2424 (2424–2426).

⁷⁷ Bitter, FS K. Schmidt, 123 (138).

⁷⁸ BGH, Urt. v. 02.04.1998 – IX ZR 232/96, ZIP 1998, 830 (Juris-Rn. 21 = S. 831). Vgl. auch Bitter, FS K. Schmidt, 123 (135 f.).

⁷⁹ Krefl, in: Krefl, § 129 Rn. 55.

wollen.⁸⁰ Zum gleichen Ergebnis der Bejahung der Anfechtbarkeit der Verfügung über das Erfinderrecht gelangt man ohne den Umweg über die vorzeitige Pfändbarkeit vor Eintritt der Verwertbarkeit, wenn man mit dem dargestellten alternativen Ansatz die Pfändbarkeit von Verfügungen über unpfändbare Gegenstände anerkennt.⁸¹

Ähnliche Fragen stellen sich bei der Veräußerung der freiberuflichen Praxis oder Kanzlei etwa eines Rechtsanwalts, Wirtschaftsprüfers, Steuerberaters, Arztes oder Apothekers. Zum einen sind die zur Fortsetzung dieser Erwerbstätigkeit zählenden einzelnen Gegenstände nach § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO sowie die Dienstkleidungs- und Dienstausrüstungsgegenstände nach § 811 Abs. 1 Nr. 7 ZPO eigentlich unpfändbar und zum anderen ist auch der im Mandanten- bzw. Patienten- oder Klientenstamm enthaltene „good will“ als solcher nicht pfändbar und nicht verwertbar, weil der Praxis- oder Kanzleiinhaber nicht zur Fortsetzung seiner Tätigkeit gezwungen werden kann und die Praxis als Ganzes nur mit Zustimmung des Inhabers verwertet werden kann. Dennoch wird in der Literatur die Veräußerung einer freiberuflichen Praxis überwiegend als anfechtbar erachtet. In Bezug auf die Einzelgegenstände entfalten § 811 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 7 ZPO ab Aufgabe der eigenen Tätigkeit des Freiberuflers keine Wirkung mehr⁸² und hinsichtlich des im „good will“ und der Praxis als Ganzes enthaltenen Werts habe sich der Freiberufler mit der Veräußerung zur Geltendmachung dieses Werts und zum Verzicht auf den ihm ansonsten zustehenden Vollstreckungsschutz entschlossen.⁸³ Auch zu diesem Ergebnis gelangt man auf einfachere Weise, wenn man mit dem alternativen Ansatz die Anfechtbarkeit von Verfügungen über unpfändbare Gegenstände anerkennt.⁸⁴

Ausdrücklich anerkannt ist der Verzicht auf das Erfordernis der Pfändbarkeit als Voraussetzung für die Anfechtbarkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung für diejenigen Fälle, in denen die Unpfändbarkeit nicht dem Schutz des Schuldners dient. So ist zwar der dienstvertragliche Anspruch auf die Leistung der Dienste nach § 613 Satz 2 BGB im Zweifel nicht übertragbar und daher nach § 851 Abs. 1 ZPO nicht pfändbar, jedoch soll damit nicht der Dienstgeber, sondern lediglich der Dienstverpflichtete vor dem Aufdrängen eines neuen Dienst-

⁸⁰ *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 187 und *Hirte*, in: Uhlenbruck, § 35 Rn. 239, 243. Vgl. auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.09.2012 – 6 U 126/11 (*Formatkreissäge*), NZI 2012, 983 (Juris-Rn. 20 = S. 984); *Henckel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 80. Die Pfändbarkeit von einer das Verhalten des Erfinders berücksichtigenden Interessenabwägung abhängig machend und im Ergebnis daher ebenso *Freudenberg*, S. 77–79. Vgl. zum Recht des Arbeitgebers aus § 6 Arbeitnehmererfindungsgesetz, die Dienstleistung eines Arbeitnehmers in Anspruch zu nehmen, OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.09.2012 – 6 U 126/11 (*Formatkreissäge*), NZI 2012, 983 (Juris-Rn. 20 = S. 984) und *Hirte*, in: Uhlenbruck, § 35 Rn. 240.

⁸¹ *Bitter*, FS K. Schmidt, 123 (136).

⁸² *Henckel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 149.

⁸³ *de Bra*, in: Braun, § 129 Rn. 32; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 394; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 93.

⁸⁴ *Bitter*, FS K. Schmidt, 123 (140).

gebers geschützt werden.⁸⁵ Stimmt der Dienstverpflichtete seiner Überlassung für eine begrenzte Zeit an einen anderen Dienstgeber zu, so wird die zeitweilige Übertragung des eigentlich nicht pfändbaren Anspruchs durch den bisherigen Dienstgeber als Schuldner auf den anderen Dienstgeber als gläubigerbenachteiligend und damit insolvenzrechtlich anfechtbar angesehen.⁸⁶ Auch die aus § 399 Var. 1 BGB i. V.m. § 851 Abs. 1 BGB folgende Unpfändbarkeit von Schuldbefreiungsansprüchen dient nicht dem Schutz des Befreiungsgläubigers und soll dem Drittgläubiger keine insolvenzfeste Sicherung gewähren. Zahlt der Befreiungsschuldner auf Veranlassung des Befreiungsgläubigers an den Drittgläubiger oder tritt der Befreiungsgläubiger, was zulässig ist,⁸⁷ seinen – unpfändbaren – Befreiungsanspruch an den Drittgläubiger ab, benachteiligt dies die Gläubiger des Befreiungsgläubigers und unterliegt daher der (Insolvenz-)Anfechtung.⁸⁸ In ähnlicher Weise können auch vereinbarte Zweckbindungen bei einer (Darlehens-) Forderung des Schuldners – zumindest dann, wenn der Zweckbindung treuhänderischer Charakter zukommt – nach § 851 Abs. 1 ZPO zur Unpfändbarkeit der Forderung führen. Dient die Zweckbestimmung nicht dem Schutz des Schuldners und will sie dem in der Zweckbestimmung genannten Empfänger keine insolvenzfeste Sicherung verschaffen, werden Leistungen an diesen Empfänger sowie eine mögliche Verfügung über diesen Anspruch zugunsten des bezeichneten Empfängers als gläubigerbenachteiligend und damit anfechtbar erachtet.⁸⁹ Ohne die Schutzrichtung der Unpfändbarkeit ermitteln zu müssen, ergibt sich die Anfechtbarkeit in all diesen Fällen ohne Weiteres, wenn man generell die gläubigerbenachteiligende Wirkung von Verfügungen über unpfändbare Gegenstände anerkennt.⁹⁰

Schließlich stimmt der alternative Ansatz im Ergebnis auch mit der Beurteilung von Zahlungen aus Kontoüberziehungen durch die herrschende Meinung überein. Steht dem Schuldner bei seinem Kreditinstitut ein Dispositionskredit zu, ist dieser nach der herrschenden Auffassung ohne Weiteres pfändbar,⁹¹ so dass Leistungen aus diesem Dispositionskredit der Insolvenzanfechtung unter-

⁸⁵ Vgl. etwa *Müller-Glöge*, in: MünchKomm-BGB, § 613 Rn. 20.

⁸⁶ BGH, Urt. v. 11.12.2003 – IX ZR 336/01, ZIP 2004, 671 (Juris-Rn. 17 = S. 672).

⁸⁷ *Roth/Kieninger*, in: MünchKomm-BGB, § 399 Rn. 16 m.w.N.

⁸⁸ BGH, Urt. v. 07.06.2001 – IX ZR 195/00, ZIP 2001, 1248 (Juris-Rn. 10 = S. 1248 f.) (noch zur GesO); BGH, Urt. v. 17.03.2011 – IX ZR 166/08, ZIP 2011, 824 (Rn. 15); *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 188.

⁸⁹ BGH, Urt. v. 07.06.2001 – IX ZR 195/00, ZIP 2001, 1248 (Juris-Rn. 10 f. = S. 1248 f.) (noch zur GesO); BGH, Urt. v. 01.11.2007 – IX ZR 31/05, BGHZ 170, 276 (Rn. 15); BGH, Urt. v. 28.02.2008 – IX ZR 213/06, ZIP 2008, 701 (Rn. 9); BGH, Urt. v. 17.03.2011 – IX ZR 166/08, ZIP 2011, 824 (Rn. 14–17); BGH, Urt. v. 21.06.2012 – IX ZR 59/11, ZIP 2012, 1468 (Rn. 11); *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 192–196; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 84, 84b.

⁹⁰ Vgl. *Bitter*, FS K. Schmidt, 123 (139 f.).

⁹¹ Gegen die Pfändbarkeit des Dispositionskredits aber etwa *Bitter*, FS Fischer, 15 (18–23, 33 f.).

fallen.⁹² Leistungen aus einer nur geduldeten Kontoüberziehung liegt nach der überwiegenden Ansicht zwar kein pfändbarer Anspruch zugrunde. Die durch die Inanspruchnahme des Überziehungskredits verbrauchte „Bonität“ des Schuldners stellt aber nach verbreiteter Auffassung ebenfalls einen anfechtungsrechtlich relevanten Vermögenswert dar, sodass Leistungen aus nur geduldeter Kontoüberziehung als insolvenzrechtlich anfechtbar angesehen werden.⁹³ Parallel hierzu wird auch die Einzelgläubigeranfechtung bejaht.⁹⁴ Auch diese Konstellationen von Zahlungen aus Kontoüberziehungen sind mit dem gleichen Ergebnis einfacher zu lösen, wenn man mit dem alternativen Ansatz auf die Pfändbarkeit vor Vornahme der anzufechtenden Rechtshandlung als Voraussetzung für die Gläubigerbenachteiligung verzichtet.⁹⁵

Nicht zu verkennen ist freilich, dass der alternative Ansatz nicht uneingeschränkt mit den Ergebnissen der herrschenden Meinung übereinstimmt. So sind Rechtsprechung und Literatur wohl der Meinung, dass es nicht der Insolvenzanfechtung unterliegt, wenn ein Schuldner aus seinem unpfändbaren Vermögen freiwillig einzelne Insolvenzgläubiger befriedigt.⁹⁶ Erachtet man hingegen die Weggabe unpfändbarer Gegenstände generell als gläubigerbenachteiligend, ist die Gläubigerbefriedigung aus dem unpfändbaren Teil des Vermögens anfechtbar.⁹⁷

c) Anwendung auf die Einzelgläubigeranfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch

Da der alternative Ansatz, die Weggabe unpfändbarer Gegenstände bei wertender Betrachtung generell als gläubigerbenachteiligend anzusehen, mit den Ergebnissen der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung weitgehend übereinstimmt, erscheint es lohnenswert, die Anwendung dieses Ansatzes auf die Einzelgläubigeranfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch zu untersuchen.

⁹² BGH, Urt. v. 06.10.2009 – IX ZR 191/05, BGHZ 182, 317 (Rn. 13) m.w.N.; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 189.

⁹³ BGH, Urt. v. 06.10.2009 – IX ZR 191/05, BGHZ 182, 317 (Rn. 14); BGH, Urt. v. 19.01.2012 – IX ZR 2/11, BGHZ 192, 221 (Rn. 25); BGH, Urt. v. 25.04.2013 – IX ZR 235/12, ZIP 2013, 1127 (Rn. 18); *Emmert/Ludwig*, ZInsO 2014, 2424 (2425); *de Bra*, in: Braun, § 129 Rn. 35; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 84a; i.E. ebenso *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 190. A.A. noch BGH, Urt. v. 01.11.2007 – IX ZR 31/05, BGHZ 170, 276 (Rn. 13–15).

⁹⁴ *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 101.

⁹⁵ *Bitter*, FS K. Schmidt, 123 (140 f.).

⁹⁶ BGH, Urt. v. 14.01.2010 – IX ZR 93/09, ZIP 2010, 380 (Rn. 9); *Eckardt*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 89 Rn. 59.

⁹⁷ Vgl. *K. Schmidt*, JuS 2010, 452 (453).

aa) Anwendbarkeit auf die Einzelgläubigeranfechtung

Teilweise wird davon ausgegangen, dass der zur Insolvenzanfechtung vertretene alternative Ansatz auf die Einzelgläubigeranfechtung nicht übertragen werden könne, weil bei der Einzelgläubigeranfechtung nur die Vereitelung der realen Zugriffsmöglichkeit des anfechtenden Gläubigers maßgeblich sei.⁹⁸ Insoweit ist zuzugeben, dass *Bitter* den alternativen Ansatz in seinem Festschriftbeitrag tatsächlich in Bezug auf die Insolvenzanfechtung entwickelt hat, was sich bereits an der Überschrift des Beitrags („Insolvenzanfechtung bei Weggabe unpfändbarer Gegenstände“)⁹⁹ sowie an der Verwendung des charakterisierenden Begriffs der „potenziellen Insolvenzmasse“¹⁰⁰ zeigt. Jedoch lassen sich die angestellten Erwägungen zu „Ansätze[n] für einen normativen Begriff der Gläubigerbenachteiligung“¹⁰¹ ohne Weiteres auf die Einzelgläubigeranfechtung übertragen. Tatsächlich hat auch bereits *Harder* in einem knappen Beitrag aus dem Jahr 1993 einem extensiven Verständnis des Merkmals der Gläubigerbenachteiligung im Rahmen des Anfechtungsgesetzes in dem von *Bitter* vertretenen Sinn das Wort geredet.¹⁰² Mit Ausnahme der sich aus der Natur der Sache ergebenden Unterschiede¹⁰³ ist der Begriff der Gläubigerbenachteiligung bei der Einzelanfechtung im Wesentlichen parallel zu dem Begriff der Gläubigerbenachteiligung bei der Insolvenzanfechtung zu verstehen. Dass bei *Bitter* und auch in der sonstigen Literatur vorrangig die Insolvenzanfechtung behandelt wird, mag daran liegen, dass dieser im Verhältnis zur Einzelgläubigeranfechtung wirtschaftlich und rechtspraktisch ungleich größeres Gewicht zukommt. Dass in der Sache der alternative Ansatz für die Einzelgläubigeranfechtung gleichermaßen Geltung beansprucht, zeigt sich unter anderem aber auch daran, dass *Bitter* die Erwägungen in seinem Festschriftbeitrag unterschiedslos auch auf die vom Bundesgerichtshof in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1993 thematisierte Einzelgläubigeranfechtung der Abtretung des Pflichtteilsanspruchs bezieht.¹⁰⁴ An die Stelle der „potenziellen Insolvenzmasse“ tritt bei der Einzelgläubigeranfechtung dann ein „potenzielles Zugriffsobjekt“, aus dem der anfechtende Einzelgläubiger gegebenenfalls Befriedigung hätte erlangen können.

bb) Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs

Unmittelbare Folge der Anwendung des alternativen Ansatzes auf die Einzelgläubigeranfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch ist, dass die

⁹⁸ *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 76.

⁹⁹ *Bitter*, FS K. Schmidt, 123 (123).

¹⁰⁰ *Bitter*, FS K. Schmidt, 123 (127 ff.).

¹⁰¹ So der Untertitel des Beitrags von *Bitter*, FS K. Schmidt, 123 (123).

¹⁰² *Harder*, WuB VI E. § 852 ZPO 1.94, 219 (221).

¹⁰³ Etwa desjenigen Unterschieds, dass die Vermehrung der Passivmasse zwar die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger, nicht aber einen Einzelgläubiger benachteiligt.

¹⁰⁴ *Bitter*, FS K. Schmidt, 123 (133–135); ebenso bereits *Harder*, WuB VI E. § 852 ZPO 1.94, 219 (221).

Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs vor der Verfügung keine Rolle spielt. Anders als es der Bundesgerichtshof in seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 1993 getan hat, kann die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs unabhängig von den Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO also nicht damit begründet werden, dass andernfalls Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch nicht der Einzelgläubigeranfechtung unterlägen. Dies deckt sich mit dem hier auch ohne den alternativen Ansatz gefundenen Ergebnis und bedeutet, wie ausgeführt,¹⁰⁵ nicht, dass die von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO unabhängige Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs nicht aus anderen Gründen zu bejahen sein kann.

cc) Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs

Die Anwendung des alternativen Ansatzes auf die Einzelgläubigeranfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch hat zugleich Auswirkungen auf die Beurteilung des Vorliegens der Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs im maßgeblichen Zeitpunkt. Wie dargelegt,¹⁰⁶ ist nach der herrschenden Auffassung die Verwertbarkeit des betreffenden Anspruchs im maßgeblichen Zeitpunkt¹⁰⁷ Voraussetzung dafür, dass eine Verfügung über diesen Anspruch gläubigerbenachteiligend sein kann. Die herrschende Meinung zur Einzelgläubigeranfechtung beim Pflichtteilsanspruch lässt es dabei ausreichen, wenn die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO spätestens bis zum maßgeblichen Zeitpunkt erfüllt sind, wobei richtigerweise zwingend in jeder¹⁰⁸ Verfügung über den Pflichtteilsanspruch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu sehen ist,¹⁰⁹ sodass eine spätere Herbeiführung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO gar nicht denkbar ist.¹¹⁰ Dem Einwand, dass die Verwertbarkeit ohne die angefochtene Verfügung möglicherweise nicht herbeigeführt worden wäre, begegnet die herrschende Meinung mit dem Hinweis darauf, dass hypothetische Kausalverläufe im Anfechtungsrecht keine Rolle spielten.¹¹¹ Treffender dürfte es, wie ausgeführt,¹¹² sein, Reichweite und Gegenstand der Anfechtung der Verfügung über den Pflichtteilsanspruch so zu bestimmen, dass lediglich die gläubigerbenachteiligende Wirkung der Verfügung angefochten wird, nicht aber die zugleich in der Verfügung liegende Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO. Sowohl der Hinweis auf die Unbeachtlichkeit

¹⁰⁵ Oben unter § 5.1.2.c) (S. 132).

¹⁰⁶ Oben unter § 5.1.1. (S. 123).

¹⁰⁷ Vgl. zu dem maßgeblichen Zeitpunkt, in dem die Gläubigerbenachteiligung vorliegen muss, oben unter § 5.1. (S. 122) und unter § 5.1.2.a) (S. 131).

¹⁰⁸ Zur Ausnahme des ebenfalls eine Verfügung über den Pflichtteilsanspruch darstellenden Verzehrs oben unter § 4.V.2.a)bb)(2) (S. 100).

¹⁰⁹ Dazu oben unter § 4.V.2.b) (S. 107).

¹¹⁰ Dazu oben unter § 5.1.1. (S. 123).

¹¹¹ Dazu oben unter § 5.1.1.a) (S. 124).

¹¹² Oben unter § 5.1.1.b) (S. 126).

hypothetischer Kausalverläufe als auch die exakte Bestimmung von Reichweite und Gegenstand der Einzelgläubigeranfechtung sind aber mit den geschilderten dogmatischen Schwierigkeiten und Unwägbarkeiten verbunden.

Diese umgeht der alternative Ansatz mit seiner anderweitigen Herangehensweise an das Problem, dass an sich nur der Entzug von Gegenständen, die für die Gläubiger verwertbar sind, die Gläubiger benachteiligen kann. Nach dem alternativen Ansatz ist der Begriff der Gläubigerbenachteiligung nicht nur objektiv-neutral zu bestimmen, sondern einer normativ-wertenden Betrachtung zugänglich. Hält man es mit dem alternativen Ansatz für sachgerecht, auch Verfügungen über an sich unpfändbare Gegenstände der Anfechtung zu unterwerfen, ist der Begriff der Gläubigerbenachteiligung so zu verstehen, dass seine Voraussetzungen auch durch die Weggabe unpfändbarer Gegenstände erfüllt werden. Indem der Schuldner über einen unpfändbaren Gegenstand verfügt, verzichtet er freiwillig auf den Schutz der Unpfändbarkeit und benachteiligt seine Gläubiger unabhängig davon, dass diese auf den unpfändbaren Gegenstand, wäre er in seinem Vermögen verblieben, nicht hätten zugreifen können. Entscheidend für den alternativen Ansatz ist also, dass die Unpfändbarkeit des Gegenstands an die Zugehörigkeit zum Vermögen des Schuldners geknüpft ist. Die Aufhebung dieser Zugehörigkeit soll dem Schuldner nach dem alternativen Ansatz nicht unanfechtbar möglich sein, sondern ist als gläubigerbenachteiligend und damit anfechtbar zu werten.

Dass Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO gleichzustellen sind und die Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs begründen,¹¹³ ist nach diesem alternativen Ansatz keine Besonderheit des § 852 Abs. 1 ZPO und seiner Auslegung, sondern lediglich Ausdruck der Regel, dass die Unpfändbarkeit eines an sich werthaltigen Gegenstands – zumindest in den hier interessierenden Fällen – an die Zugehörigkeit zum Vermögen einer bestimmten Person gebunden ist. Nach dem alternativen Ansatz ist die von der herrschenden Meinung gestellte Frage, ob die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO im maßgeblichen Zeitpunkt erfüllt sind und der Pflichtteilsanspruch damit verwertbar ist, ohne jede Relevanz für die Anfechtbarkeit. Vielmehr ist allein schon die Verfügung über den Pflichtteilsanspruch als solche gläubigerbenachteiligend.

d) Bewertung

Für eine Bewertung des alternativen Ansatzes ist zwischen seiner Anwendung auf die Einzelgläubigeranfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch und seiner allgemeinen Geltung zu unterscheiden.

¹¹³ Dazu oben unter § 4.V.2.b) (S. 107).

aa) Bewertung in Bezug auf die Einzelgläubigeranfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch

In seiner Anwendung auf die Einzelgläubigeranfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch ist der alternative Ansatz in der Literatur auf Ablehnung gestoßen.¹¹⁴ Wenn dem alternativen Ansatz dabei vorgeworfen wird, den Grundsatz zu übersehen, dass die Einzelgläubigeranfechtung lediglich diejenige Zugriffslage wiederherstellen wolle, die vor Eintritt der benachteiligenden Rechtshandlung bestanden habe,¹¹⁵ so verkennt dieser Vorwurf seinerseits, dass der Pflichtteilsanspruch vor seiner Weggabe zwar pfändbar, in Ermangelung einer anderweitigen Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO aber nicht verwertbar war. Bejaht man nun mit dem alleinigen Hinweis auf die vorherige Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs die Anfechtbarkeit von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch mit der Folge, dass der Anfechtungsgegner die Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch zu dulden hat,¹¹⁶ wird auch dann die Zugriffslage durch die Anfechtung im Vergleich zu der Situation vor der angefochtenen Rechtshandlung verbessert. Zwar mag diese Verbesserung der Zugriffslage mit der Unbeachtlichkeit hypothetischer Geschehensabläufe¹¹⁷ oder, treffender, durch die aus der genauen Bestimmung von Reichweite und Gegenstand der Anfechtung folgende Differenzierung zwischen anfechtbaren und nicht anfechtbaren Rechtswirkungen der Weggabe¹¹⁸ zu rechtfertigen sein. Beide Rechtfertigungen beruhen jedoch auf einer wertenden Betrachtung,¹¹⁹ die der alternative Ansatz dergestalt vornimmt, dass er den in der Weggabe eines unpfändbaren Gegenstands liegenden Verzicht auf den Pfändungsschutz und die Realisierung des Wertes des unpfändbaren Gegenstands durch seine Weggabe als gläubigerbenachteiligend ansieht. Die Offenlegung dieser Wertung, die zumindest für den Pflichtteilsanspruch im Ergebnis von der herrschenden Meinung geteilt wird, ist kein Mangel, sondern gerade ein besonderer Vorzug des alternativen Ansatzes.

Andernorts wird dem alternativen Ansatz, jedenfalls in Bezug auf die Insolvenzanfechtung, vorgeworfen, dass ohne die vorherige Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs dem Zugriff der Gläubiger kein Recht entzogen werden könne. Die bloße Chance, dass der Anspruch pfändbar und verwertbar werden könne, sei anfechtungsrechtlich nicht schützenswert. Erst die Pfändbarkeit und die damit verbundene Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs stelle eine rechtlich greifbare und der Anfechtung zugängliche Verfestigung dieser Chance

¹¹⁴ Hannich, S. 161; Lehmann, S. 138.

¹¹⁵ Hannich, S. 161.

¹¹⁶ So im Anschluss an das Grundsatzurteil des BGH aus dem Jahr 1993 Hannich, S. 161.

¹¹⁷ So BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 19 = S. 190 f.); Hannich, S. 161. Dazu bereits oben unter § 5.I.1.a) (S. 124).

¹¹⁸ Dazu oben unter § 5.I.1.b) (S. 126).

¹¹⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 19 = S. 190 f.).

dar.¹²⁰ Diese Kritik steht zum einen in deutlichem Widerspruch dazu, dass von derselben Autorin an anderer Stelle der Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch mit der Begründung für anfechtbar gehalten wird, dass die mit dem Fortbestehen der Möglichkeit der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO verbundene Chance oder Erwartung anfechtungsrechtlich schützenswert sei.¹²¹ Zum anderen ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die bloße Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs eine Verfestigung der Aussicht auf den Eintritt der Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs darstellen soll.

Nach alledem ist hinsichtlich der Anwendung des alternativen Ansatzes auf die Einzelgläubigeranfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch festzustellen, dass dieser Ansatz durchaus zu überzeugen vermag. Im Ergebnis der Anfechtbarkeit von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch stimmt er mit der herrschenden Meinung überein, begründet dieses Ergebnis jedoch auf einem anderen Weg. Sein Vorzug liegt dabei nur und immerhin darin, dass er sein normativ-wertendes Element bei der Beurteilung des Vorliegens einer Gläubigerbenachteiligung klar benennt. Zwar räumt auch der Bundesgerichtshof im Rahmen seines Hinweises auf die Unbeachtlichkeit hypothetischer Kausalverläufe im Anfechtungsrecht die Gebotenheit einer wertenden Betrachtungsweise durchaus ein.¹²² Begründet man die Einzelanfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch jedoch mit der herrschenden Meinung über die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO, verdeckt dies den Blick auf die Wertungen, welche der Bejahung der Einzelanfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch zugrunde liegen.

bb) Geltung im Allgemeinen

Schwieriger zu beurteilen ist, ob dem alternativen Ansatz, die Weggabe unpfändbarer Gegenstände als gläubigerbenachteiligend anzusehen, auch in seiner Allgemeinheit zu folgen ist.

Verneint man die eng mit Sinn und Zweck der Anfechtung zusammenhängende grundlegende Frage nach der Anfechtbarkeit von Verfügungen über unpfändbare Gegenstände, hat diese Unanfechtbarkeit zur Folge, dass Gläubiger einen Schuldner erfolgreich zu „freiwilligen“ Leistungen aus seinem unpfändbaren Vermögen drängen können, ohne dass dem mit dem Institut der Anfechtung Einhaltung geboten werden könnte.¹²³ Auch zur Vermeidung dieser unerwünschten Konsequenz erscheint es geeignet, berechtigt und geboten, dem Schuldner die Kompetenz abzusprechen, unpfändbare Bestandteile seines Vermögens oh-

¹²⁰ *Lehmann*, S. 138.

¹²¹ *Lehmann*, S. 147–149. Dazu noch ausführlich unten unter § 5.II.1.a) (S. 147).

¹²² BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 19 = S. 190 f.).

¹²³ *K. Schmidt*, JuS 2010, 452 (453).

ne Gegenleistung¹²⁴ unanfechtbar auf Dritte zu übertragen. Es leuchtet durchaus ein, dem Schuldner mit Hilfe des Anfechtungsrechts die Möglichkeit zu nehmen, Dritte durch die Übertragung unpfändbarer Gegenstände zu befriedigen oder unpfändbare Gegenstände unentgeltlich an Dritte wegzugeben.

Ob der alternative Ansatz aber in allen denkbaren Konstellationen zu interessengerechten Ergebnissen führt und in seiner Allgemeinheit zutreffend ist, kann nur nach einer vertieften dogmatischen Auseinandersetzung beantwortet werden, die an dieser Stelle nicht geleistet werden kann und nicht geleistet zu werden braucht. Für die hier relevante Konstellation der Einzelgläubigeranfechtung – und auch der Insolvenzanfechtung¹²⁵ – von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch erscheint der alternative Ansatz als gangbarer und plausibler Weg. Im Übrigen ist auf eine umfassendere Diskussion des alternativen Ansatzes in der Literatur zu hoffen, die ihn bisweilen ohne nähere Begründung zurückweist,¹²⁶ in ihm andernorts aber zumindest ernstzunehmende Argumente verwirklicht sieht¹²⁷ und grundsätzliche Zustimmung signalisiert¹²⁸.

e) Ergebnis

Als Ergebnis zur Frage nach der Möglichkeit der Gläubigerbenachteiligung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch ist festzuhalten, dass die Weggabe des Pflichtteilsanspruchs die Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers im Sinne des § 1 Abs. 1 AnfG benachteiligt. Hat der Pflichtteilsanspruchsinhaber die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bereits vor der Verfügung erfüllt, liegt es auf der Hand, dass die Verfügung über den dann bereits ohne Weiteres verwertbaren Pflichtteilsanspruch die Zugriffsmöglichkeit des anfechtenden Einzelgläubigers beeinträchtigt. Eine Gläubigerbenachteiligung ist aber auch dann zu bejahen, wenn die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vor der Verfügung noch nicht anderweitig erfüllt sind. Anders als vom Bundesgerichtshof in seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 1993 ausgeführt, ist die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO hierfür nicht erforderlich. Entscheidend und ausreichend ist vielmehr, dass mit der Verfügung die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bewirkt wird. Während die herrschende Meinung dem Einwand, dass der Pflichtteilsanspruch ohne die anzufechtende Rechtshandlung möglicherweise unverwertbar geblieben wäre, mit dem Hinweis auf die Unbeachtlichkeit hypothetischer Geschehensverläufe im Anfechtungsrecht begegnet, erweist es sich als treffender, Reichweite und Gegenstand der Einzelgläubi-

¹²⁴ Zur Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger auf die Gegenleistung BGH, Beschl. v. 26.09.2013 – IX ZB 247/11, ZIP 2013, 2112 (Rn. 8); kritisch dazu *Ganter*, NZI 2013, 969 (970).

¹²⁵ Zu dem alternativen Ansatz im Rahmen der Insolvenzanfechtung unten unter § 9.1.1.c) (S. 253).

¹²⁶ Etwa *Kreft*, FS *Ganter*, 247 (256).

¹²⁷ *Hirte/Ede*, in: *Uhlenbruck*, § 129 Rn. 185.

¹²⁸ *Zenker*, NJ 2010, 213 (214).

geranfechtung so zu bestimmen, dass lediglich die gläubigerbenachteiligende Wirkung der Verfügung, nicht aber die zugleich darin liegende Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO angefochten wird. Zu dem gleichen Ergebnis der Bejahung der Einzelgläubigeranfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch gelangt man, wenn man mit dem seine normativ-wertende Grundlage klar benennenden und jedenfalls im hiesigen Zusammenhang durchaus überzeugenden alternativen Ansatz die Weggabe unpfändbarer Gegenstände generell als gläubigerbenachteiligend erachtet.

II. Gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen

Nach Bejahung der Frage, ob der Entzug des Pflichtteilsanspruchs vor dem Zugriff durch die Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers grundsätzlich gläubigerbenachteiligend im Sinne des § 1 Abs. 1 AnfG sein kann, ist zu untersuchen, von welchen Rechtshandlungen im Einzelnen eine derartige, zur Einzelgläubigeranfechtung berechtigende Gläubigerbenachteiligung ausgeht.

Eindeutig ist die Lage bei einer Verfügung über den Pflichtteilsanspruch in Gestalt der Abtretung oder der Belastung des Pflichtteilsanspruchs. Tritt der Pflichtteilsanspruchsinhaber seinen Pflichtteilsanspruch nach anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ab oder belastet er ihn, liegt die gläubigerbenachteiligende Wirkung offen zutage.¹²⁹ Nach den obigen Erwägungen zur Möglichkeit der Gläubigerbenachteiligung¹³⁰ ist sie aber auch zu bejahen, wenn die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vor der Abtretung oder Belastung des Pflichtteilsanspruchs nicht anderweitig erfüllt worden sind. Abtretung und Belastung des Pflichtteilsanspruchs sind also stets gläubigerbenachteiligende und daher im Rahmen der Einzelgläubigeranfechtung anfechtbare Rechtshandlungen.¹³¹

Schwieriger zu beurteilen ist das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber auf seinen Pflichtteilsanspruch verzichtet oder ihn schlicht nicht geltend macht.

1. Verzicht

Verzichtet der Pflichtteilsanspruchsinhaber durch Abschluss eines Erlassvertrags nach § 397 BGB mit dem Pflichtteilsanspruchsschuldner vollumfänglich

¹²⁹ Etwa *Geitner*, S. 25.

¹³⁰ Oben unter § 5.I. (S. 122).

¹³¹ So auch *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1772); *Schumacher-Hey*, RNotZ 2004, 544 (555 Fn. 106); *Lehmann*, S. 130 f.; *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 79. Hingegen für die Unanfechtbarkeit unentgeltlicher Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch *Schubert*, JR 1994, 419 (420), der in § 852 Abs. 1 ZPO auch die Freiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers zu unentgeltlichen Verfügungen verankert sieht.

auf seinen bereits entstandenen Pflichtteilsanspruch,¹³² so unterliegt dieser – ebenfalls eine Verfügung über den Pflichtteilsanspruch darstellende – Verzicht eindeutig dann der Gläubigeranfechtung, wenn er nach anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgt.¹³³

Unterschiedlich beurteilt wird aber die Anfechtbarkeit eines vor anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vorgenommenen Verzichts. Anders als Abtretung und Belastung bedeutet der Verzicht selbst keine Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO,¹³⁴ sodass ein Verzicht durch Erlassvertrag tatsächlich auch vor und ohne gleichzeitige Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO möglich ist. Die Anfechtbarkeit eines solchen Verzichts hat die Rechtsprechung bislang ausdrücklich offengelassen.¹³⁵ In der Literatur wird die Anfechtbarkeit mit unterschiedlichen Begründungen teilweise bejaht,¹³⁶ überwiegend aber verneint.¹³⁷

Für die Anfechtbarkeit des vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erklärten Verzichts wird angeführt, dass dieser Verzicht, wenn er auch nicht die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bewirke, doch zumindest eine Verfügung über grundsätzlich den Gläubigern zur Verfügung stehendes Vermögen darstelle.¹³⁸ Diese Argumentation verkennt aber, dass im Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch durch Erlassvertrag nicht nur keine Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO liegt, sondern dass durch Erlöschen des Pflichtteilsanspruchs nach § 397 BGB auch ein späterer Eintritt der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO gerade ausgeschlossen wird: Ist der Pflichtteilsanspruch einmal erloschen, kann er später nicht mehr durch Vertrag

¹³² Nicht gemeint ist damit der nach § 2346 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB vor Entstehung des Pflichtteilsanspruchs durch Erbvertrag mit dem Erblasser erklärte Pflichtteilsverzicht; vgl. dazu oben unter § 1.II.1.b)cc) (S. 11).

¹³³ *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (188); *Klump*, ZEV 1998, 123 (126); *Muscheler*, Universalsukzession, S. 217; *Lehmann*, S. 146 mit Fn. 423.

¹³⁴ Vgl. oben unter § 4.V.2.a)bb)(2) (S. 100).

¹³⁵ BGH, Urt. v. 06.05.1997 – IX ZR 147/96, NJW 1997, 2384 (Juris-Rn. 8 = S. 2384); OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.03.1999 – 7 U 143/98, FamRZ 2000, 367 (Juris-Rn. 26 = S. 368).

¹³⁶ *Ivo*, ZErB 2003, 250 (255); *Klump*, ZEV 1998, 123 (126 f.); *Lehmann*, S. 147 ff., 159 f. So für die Anfechtung nach der KO, aber übertragbar auf die Anfechtung nach der InsO und nach dem AnfG *Jaeger/Henckel*, KO, § 29 Rn. 59, anders mittlerweile aber *Henckel*, in: *Jaeger/Henckel*, InsO, § 129 Rn. 75.

¹³⁷ *Bartels*, KTS 2003, 41 (60 f.); *Deutsches Notarinstitut*, DNotI-Report 2003, 179 (181); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (188); *Krauß*, ErbR 2011, 162 (164); *Hannich*, S. 167; *Muscheler*, Universalsukzession, S. 211, 217 f.; *Herzog*, in: *Staudinger*, § Neubearb. 2015, 2317 Rn. 160. So für die Anfechtung nach § 129 InsO, aber übertragbar auf die Anfechtung nach dem AnfG *Kreft*, in: *Gerhardt/Kreft*, Rn. 33; *Henckel*, in: *Jaeger/Henckel*, InsO, § 36 Rn. 37; *Henckel*, in: *Jaeger/Henckel*, InsO, § 129 Rn. 75; *Hirte/Ede*, in: *Uhlenbruck*, § 129 Rn. 409; *Kreft*, in: *Kreft*, § 129 Rn. 20; wohl auch *Ehricke*, in: *KPB*, 34. Lfg. 11/08 § 129 Rn. 47.

¹³⁸ *Ivo*, ZErB 2003, 250 (255); *Klump*, ZEV 1998, 123 (126).

anerkannt oder rechtshängig werden. Damit ist auch ein späterer Zugriff der Gläubiger auf den Pflichtteilsanspruch endgültig ausgeschlossen.

a) *Verzicht als Bestandteil der von § 852 Abs. 1 ZPO geschützten Entscheidungsfreiheit*

Zu beantworten ist daher die zugrunde liegende Frage, ob auch der endgültige Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch Bestandteil der von § 852 Abs. 1 ZPO geschützten Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers ist. Von der herrschenden Meinung wird diese Frage bejaht.¹³⁹ Demgegenüber verneint *Lehmann* die Frage.¹⁴⁰ Sie ist der Ansicht, dass § 852 Abs. 1 ZPO dem Pflichtteilsanspruchsinhaber nur die freie Entscheidung darüber gewähre, seinen bestehenden Pflichtteilsanspruch geltend zu machen oder nicht, nicht hingegen auch die Freiheit, auf seinen Pflichtteilsanspruch endgültig zu verzichten.¹⁴¹ Folgerichtig bejaht *Lehmann* die Anfechtbarkeit des vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erklärten Verzichts.¹⁴² Rechtsfolge der Anfechtung des Verzichts auf den Pflichtteilsanspruch sei dabei aber nicht, dass eine Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO fingiert werde und der an sich nach § 397 BGB erloschene Pflichtteilsanspruch uneingeschränkt dem Zugriff durch den anfechtenden Gläubiger zur Verfügung stehe. Vielmehr stehe der Pflichtteilsanspruch nur wieder so wie vor dem Verzicht im haftenden Vermögen des Pflichtteilsanspruchsinhabers, sodass dieser sich weiterhin für oder gegen die Geltendmachung entscheiden könne. Die gläubigerbenachteiligende Wirkung des Verzichts sieht *Lehmann* also darin, dass sich der Pflichtteilsanspruchsinhaber durch den Verzicht endgültig der Möglichkeit begeben, es sich bis zur Verjährung des Pflichtteilsanspruchs doch noch anders zu überlegen und sich für dessen Geltendmachung zu entscheiden.¹⁴³ Das Offenhalten dieser Möglichkeit stelle eine rechtlich zwar nicht fassbare, tatsächlich aber bestehende Hoffnung, Chance oder Erwartung des anfechtenden Gläubigers dar.¹⁴⁴

Diese Ansicht *Lehmanns* begegnet einerseits konstruktiven Bedenken. Wie sich das Offenhalten der Möglichkeit zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs und damit zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO dogmatisch in das System der Rechtsfolgen der Gläubigeranfechtung nach § 11 AnfG einfügt, wird von *Lehmann* nicht erörtert. Zum anderen und vor al-

¹³⁹ *Bartels*, KTS 2003, 41 (60 f.); *Goltzsche*, DNotZ 2009, 865 (867); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (188); *Hannich*, S. 84 f.; *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 211; *Henckel*, in: *Jaeger/Henckel*, *InsO*, § 36 Rn. 37, § 129 Rn. 75; *Hirte/Ede*, in: *Uhlenbruck*, § 129 Rn. 409; *Kreft*, in: *Kreft*, § 129 Rn. 20.

¹⁴⁰ *Lehmann*, S. 145 ff.

¹⁴¹ *Lehmann*, S. 147.

¹⁴² So für die Anfechtung nach § 129 InsO, auf die Anfechtung nach dem AnfG aber übertragbar *Lehmann*, S. 148 f.

¹⁴³ *Lehmann*, S. 148 f.

¹⁴⁴ *Lehmann*, S. 147, 149.

lem aber dürfte der Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO mit der herrschenden Meinung dahingehend zu verstehen sein, dass dem Pflichtteilsanspruchs inhaber auch die Option eröffnet wird, endgültig auf seinen Pflichtteilsanspruch zu verzichten. Gegenüber der Option, seinen Pflichtteilsanspruch schlicht nicht geltend zu machen, kann der Pflichtteilsanspruchs inhaber ein berechtigtes Interesse daran haben, den Schuldner des Pflichtteilsanspruchs, zu dem regelmäßig eine – von § 852 Abs. 1 ZPO bewusst geschützte – persönliche Beziehung besteht, sofort und endgültig aus der Haftung zu entlassen und ihn von dem Risiko zu befreien, dass der Pflichtteilsanspruch doch noch geltend gemacht werden könnte.¹⁴⁵ Den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich keinerlei Hinweis darauf entnehmen, dass sich der Pflichtteilsanspruchs inhaber bis zur Verjährung des Pflichtteilsanspruchs stets nur vorläufig gegen dessen Geltendmachung entscheiden können sollte. Auch im Interesse der Gläubiger ist es nicht erforderlich, den Pflichtteilsanspruchs inhaber dergestalt zu entmündigen, dass zwar seine Entscheidung für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs und damit für die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ohne Weiteres als endgültig akzeptiert wird, ihm die Möglichkeit zu einer endgültigen Entscheidung gegen die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs aber versagt wird.

Richtigerweise ist der Verzicht des Pflichtteilsanspruchs inhabers auf seinen Pflichtteilsanspruch durch Erlassvertrag mit dem Pflichtteilsanspruchsschuldner nach § 397 BGB somit als Bestandteil der durch § 852 Abs. 1 ZPO gewährleisteten Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchs inhabers anzusehen, sodass zwar der nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgte Verzicht der Gläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz unterfällt, nicht hingegen der vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgte Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man mit dem oben dargestellten alternativen Ansatz¹⁴⁶ die Weggabe unpfändbarer Gegenstände generell für gläubigerbenachteiligend und daher anfechtbar erachtet. Dieser Ansatz basiert nämlich darauf, dass der Schuldner durch Weggabe des Gegenstands freiwillig auf den ihm zustehenden Pfändungs- und Verwertungsschutz verzichtet und den wirtschaftlichen Wert des Gegenstands zugunsten einer anderen Person realisiert. Der Verzicht auf einen Gegenstand und insbesondere der Erlass eines Anspruchs stellen aber keine derartige Vermögensrealisierung dar. Freilich kommt der Erlass eines Anspruchs wirtschaftlich dem (Dritt-)Schuldner des Anspruchs zugute. Jedoch ist dies eher als Reflex und weniger als eine bewusste Vermögensverschiebung des Anspruchsinhabers zu werten. Auch der alternative Ansatz führt also zu dem Ergebnis, dass der Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch nur dann gläubigerbenachteiligend ist und der Einzelgläubigeranfechtung unterliegt, wenn vor dem Verzicht bereits die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt worden sind.

¹⁴⁵ Hannich, S. 84 f.; Goltzsche, DNotZ 2009, 865 (866).

¹⁴⁶ Oben unter § 5.1.3. (S. 134).

b) *Teilverzicht*

Beziehen sich die obigen Erwägungen zunächst auf den vollständigen Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch, so beanspruchen sie gleichermaßen auch für den Teilverzicht Geltung. Erachtet man nämlich die Befugnis des Pflichtteilsanspruchsinhabers, durch Erlassvertrag nach § 397 BGB seinen Pflichtteilsanspruch zum Erlöschen zu bringen, aus den vorstehenden Gründen als Bestandteil der von § 852 Abs. 1 ZPO geschützten Entscheidungsfreiheit, so ist nicht zu erkennen, weshalb diese Befugnis entweder ganz oder gar nicht, nicht aber auch nur teilweise ausgeübt werden können sollte. Wie bei der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO durch Rechtshängigmachen oder durch Anerkennung durch Vertrag sollte auch beim Verzicht die Möglichkeit einer Teils-teils-Entscheidung akzeptiert werden. Der Pflichtteilsanspruchsinhaber kann ein berechtigtes Interesse daran haben, den Schuldner des Pflichtteilsanspruchs nur teilweise aus der Haftung zu entlassen. Ob mit dem Teilverzicht zugleich ein Teilerkenntnis des Restes des Pflichtteilsanspruchs mit der Folge verbunden ist, dass für diesen restlichen Teil die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO als erfüllt anzusehen sind,¹⁴⁷ oder ob der Pflichtteilsanspruchsinhaber mit dem Teilverzicht bezüglich des Restes des Pflichtteilsanspruchs noch keine Entscheidung trifft und es sich vorbehält, diesen zu einem späteren Zeitpunkt entweder noch geltend zu machen oder seinen Teilverzicht zu einem vollständigen Verzicht zu erweitern, ist eine im jeweiligen Einzelfall zu beurteilende Frage.¹⁴⁸ Jedenfalls hat der Teilverzicht als solcher als Bestandteil der von § 852 Abs. 1 ZPO geschützten Entscheidungsfreiheit zu gelten und ist daher mit der Rechtsfolge zu akzeptieren, dass der vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgende Teilverzicht – insbesondere auch der in einem Vergleich über den Pflichtteilsanspruch enthaltene – nicht der Gläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz unterliegt.

2. *Nichtgeltendmachung bis zur Verjährung*

Verzichtet der Pflichtteilsanspruchsinhaber nicht aktiv durch verfügenden Erlassvertrag nach § 397 BGB auf seinen Pflichtteilsanspruch, sondern macht er ihn lediglich nicht geltend und lässt ihn schließlich verjähren,¹⁴⁹ so fragt sich, ob diese Untätigkeit der Einzelgläubigeranfechtung unterliegt.

Freilich hat das Untätigbleiben des Pflichtteilsanspruchsinhabers so lange keine gläubigerbenachteiligende Wirkung, wie der Pflichtteilsanspruch noch geltend gemacht werden kann. Zu einer Benachteiligung der Gläubiger kommt es erst dann, wenn der noch möglichen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs die Einrede der Verjährung entgegengehalten werden kann. Konkret

¹⁴⁷ Vgl. zu den Rechtsfolgen der teilweisen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs im Rahmen des § 852 Abs. 1 ZPO oben unter § 4.V.3.b) (S. 114).

¹⁴⁸ Vgl. oben unter § 4.V.2.a)bb)(2) (S. 101).

¹⁴⁹ Zur Verjährung des Pflichtteilsanspruchs vgl. oben unter § 1.VII.3. (S. 25).

liegt das anzufechtende Verhalten des Pflichtteilsanspruchsinhabers also in dem Unterlassen verjährungshemmender Maßnahmen. Voraussetzung für die Anfechtbarkeit dieser Unterlassung nach § 1 Abs. 2 AnfG ist, dass die Unterlassung nicht nur unbedacht oder fahrlässig, sondern bewusst und gewollt erfolgt und sich damit als Willensbetätigung erweist. Erforderlich hierfür ist das Bewusstsein, dass das Nichthandeln irgendeine – nicht notwendigerweise die konkret eintretenden – Rechtsfolgen nach sich ziehen wird.¹⁵⁰

Ist dieses Bewusstsein bei dem Pflichtteilsanspruchsinhaber vorhanden, was regelmäßig der Fall sein wird, und setzt er seinen Pflichtteilsanspruch nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO so lange nicht durch, bis dieser schließlich verjährt ist, so ist diese Unterlassung ohne Weiteres gläubigerbenachteiligend und unterliegt der Einzelgläubigeranfechtung.¹⁵¹

Anders hingegen liegen die Dinge, wenn die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO eintritt. Hielte man das Unterlassen verjährungshemmender Maßnahmen durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber bis zu diesem Zeitpunkt für anfechtbar, so wäre er zur Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs gezwungen. Dies aber stünde in Widerspruch zu dem anerkannten Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO, dem Pflichtteilsanspruchsinhaber die freie Entscheidung darüber vorzubehalten, ob er seinen Pflichtteilsanspruch geltend machen möchte oder nicht.¹⁵² Einhellig sind Rechtsprechung und Literatur daher der Auffassung, dass die Entscheidung des Pflichtteilsanspruchsinhabers für die Nichtgeltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs nicht anfechtbar sein kann. Selbst bei kollusivem Zusammenwirken zwischen dem Inhaber und dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs kann die Nichtgeltendmachung des Anspruchs nicht in eine „Geltendmachung durch Zuwendung“ an den Pflichtteilsanspruchsschuldner umgedeutet werden.¹⁵³ Die Unanfechtbarkeit der Nichtgeltendmachung des Pflichtteilsanspruchs steht wertungsmäßig auch in Einklang damit, dass die Ausschlagung einer Erbschaft nach § 83 Abs. 1 InsO ebenfalls nicht anfechtbar ist.¹⁵⁴

¹⁵⁰ BGH, Urt. v. 22.12.2005 – IX ZR 190/02, BGHZ 165, 343 (Rn. 19); *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 1 AnfG Rn. 5; *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 19.

¹⁵¹ Vgl. nur *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (188); ungenau *Gottwald*, Pflichtteilsrecht, Teil II § 2317 Rn. 39, Teil III Rn. 296.

¹⁵² Vgl. oben unter § 4.II. (S. 61).

¹⁵³ BGH, Urt. v. 06.05.1997 – IX ZR 147/96, NJW 1997, 2384 (Juris-Rn. 7 f. = S. 2384); *Gerhardt*, EWiR 1997, 683 (684); *Jedzig*, WuB VI D. § 1 AnfG 1.97, 1007 (1009); *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (125); *Geitner*, S. 23 f.; *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (187 f.); *Geitner*, S. 23 f.; *Becker*, in: Musielak/Voit, § 852 Rn. 1; *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 1 AnfG Rn. 16; *Herzog*, in: Staudinger, § Neubearb. 2015, 2317 Rn. 159; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 409; *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 1 Rn. 79, 82; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 25; *Smid*, in: MünchKomm-ZPO, § 852 Rn. 6 I.E. auch *Bartels*, KTS 2003, 41 (58 ff.).

¹⁵⁴ BGH, Urt. v. 06.05.1997 – IX ZR 147/96, NJW 1997, 2384 (Juris-Rn. 8 = S. 2384); *Jedzig*, WuB VI D. § 1 AnfG 1.97, 1007 (1009); *Bartels*, KTS 2003, 41 (58 ff.); *Mayer*, ZEV 2007,

Dass das Unterlassen verjährungshemmender Maßnahmen in Bezug auf den Pflichtteilsanspruch nur dann gläubigerbenachteiligend ist, wenn es nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgt, ergibt sich auch bei Anwendung des alternativen Ansatzes,¹⁵⁵ demzufolge die Weggabe unpfändbarer Gegenstände gläubigerbenachteiligend ist. Wie der Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch stellt auch das Unterlassen verjährungshemmender Maßnahmen keinen bewussten Verzicht auf den Pfändungs- und Verwertungsschutz und keine Realisierung des Wertes des Pflichtteilsanspruchs dar, die bei wertender Betrachtung die Annahme der gläubigerbenachteiligenden Wirkung rechtfertigen könnte. Dass der Eintritt der Verjährung dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs zugute kommt, ist nicht als Vermögensübertragung auf diesen zu verstehen.

3. Ergebnis

Zu den gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlungen in Bezug auf den Pflichtteilsanspruch ist damit festzuhalten, dass Abtretung und Belastung des Pflichtteilsanspruchs durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber stets und unabhängig davon gläubigerbenachteiligend sind und der Einzelgläubigeranfechtung unterliegen, ob der Pflichtteilsanspruchsinhaber bereits davor die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bewirkt hat. Verzichtet der Pflichtteilsanspruchsinhaber vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO durch Erlassvertrag nach § 397 BGB ganz oder auch nur teilweise auf seinen Pflichtteilsanspruch, so ist dies mit der herrschenden Meinung als unanfechtbar zu erachten. Gläubigerbenachteiligend und anfechtbar hingegen ist der nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgende Verzicht. Ebenso stellt sich die Situation bei der schlichten Nichtgeltendmachung des Pflichtteilsanspruchs bis zur Verjährung dar: Tritt die Verjährung vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ein, so unterliegt das Unterlassen verjährungshemmender Maßnahmen durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber nicht der Einzelgläubigeranfechtung. Gläubigerbenachteiligend und anfechtbar hingegen ist das nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgende Verjährenlassen des Pflichtteilsanspruchs.

III. Rechtsfolgen der Einzelgläubigeranfechtung

Rechtsfolge der Einzelgläubigeranfechtung ist nach § 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG, dass der Anfechtungsgegner dem anfechtenden Gläubiger zu dessen Befriedigung das, was aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, zur Verfügung zu stellen hat. Es ist also nicht die angefochtene Rechtshandlung – etwa durch Rückübertragung – rückgängig zu machen. Vielmehr hat der Anfechtungsgegner als primäre Verpflichtung nur und immerhin

556 (559). So vorrangig für die Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO, übertragbar aber auf die Anfechtung nach dem AnfG *Lehmann*, S. 142 ff.

¹⁵⁵ Oben unter § 5.1.3. (S. 134).

die Zwangsvollstreckung des anfechtenden Gläubigers zu dulden und ihn so zu stellen, als ob der Gegenstand noch im Vermögen des Schuldners vorhanden wäre.¹⁵⁶ Die Anfechtung richtet sich auf das, was aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden ist, nicht hingegen auf das, was in das Vermögen des Anfechtungsgegners gelangt ist.¹⁵⁷ Soweit der Anfechtungsgegner den Gegenstand der Anfechtung nicht mehr in Natur zur Verfügung stellen kann, haftet er sekundär gemäß der Rechtsfolgenverweisung des § 11 Abs. 1 Satz 2 AnfG nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, bei der dem Empfänger der Mangel des rechtlichen Grundes bekannt ist. Der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung kann sich gemäß § 11 Abs. 2 AnfG auf Entreicherung berufen, solange er um die Gläubigerbenachteiligung durch die unentgeltliche Leistung nicht weiß und den Umständen nach nicht wissen muss.

Der sich aus der Einzelgläubigeranfechtung ergebende Anspruch ist nach der herrschenden Meinung schuldrechtlicher Natur.¹⁵⁸ Er kann nicht abgetreten werden, geht aber grundsätzlich mit der Hauptforderung mit über und steht dem Zessionar zu.¹⁵⁹ Durchzusetzen ist die Einzelgläubigeranfechtung regelmäßig durch Klage nach § 13 AnfG,¹⁶⁰ gegebenenfalls kommt aber gemäß § 9 AnfG auch eine einredeweise Geltendmachung ohne Erfordernis eines Titels gegen den Anfechtungsgegner in Betracht¹⁶¹. Bei mehreren Anfechtungsberechtigten muss der Anfechtungsgegner nur einmal leisten. In ihrem Wettstreit entscheidet allein die Priorität des erfolgreichen Zugriffs.¹⁶² Eine Möglichkeit zur Rangwahrung besteht nicht.

Wollen Eigengläubiger des Anfechtungsgegners in den der Einzelgläubigeranfechtung unterliegenden Gegenstand vollstrecken, kann der anfechtende

¹⁵⁶ Etwa BGH, Urt. v. 16.02.1972 – VIII ZR 189/70, NJW 1972, 719 (Juris-Rn. 14 = S. 720); BGH, Urt. v. 05.02.1987 – IX ZR 161/85, BGHZ 100, 36 (Juris-Rn. 25 = S. 42); BGH, Urt. v. 19.03.1992 – IX ZR 14/91, NJW-RR 1992, 733 (Juris-Rn. 14, 17 = S. 733 f.); BGH, Urt. v. 13.07.1995 – IX ZR 81/94, BGHZ 130, 314 (Juris-Rn. 30 = S. 322); BGH, Urt. v. 26.01.2012 – IX ZR 99/11, ZIP 2012, 636 (Rn. 20); *Schumacher-Hey*, RNotZ 2004, 544 (553); *Mauer*, Rn. 495; *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 11 AnfG Rn. 3; *Huber*, § 11 Rn. 8, 17; *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 11 Rn. 40; *Nerlich/Niehus*, § 11 Rn. 9.

¹⁵⁷ BGH, Urt. v. 09.12.1993 – IX ZR 100/93, BGHZ 124, 298 (Juris-Rn. 24 = S. 301 f.); *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 11 AnfG Rn. 3; *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 11 Rn. 36.

¹⁵⁸ BGH, Urt. v. 05.02.1987 – IX ZR 161/85, BGHZ 100, 36 (Juris-Rn. 25 = S. 42); BGH, Urt. v. 19.03.1992 – IX ZR 14/91, NJW-RR 1992, 733 (Juris-Rn. 14 = S. 733 f.); *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. AnfG Rn. 5; *Huber*, Einführung Rn. 11, 23–26, § 11 Rn. 7. Zur Rechtsnatur der Einzelgläubigeranfechtung ausführlich *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, Einleitung Rn. 13–41.

¹⁵⁹ *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. AnfG Rn. 7; *Huber*, Einführung Rn. 15.

¹⁶⁰ Etwa *Mauer*, Rn. 515.

¹⁶¹ *Allgayer*, Rn. 422; *Huber*, § 9 Rn. 5.

¹⁶² BGH, Urt. v. 14.06.2007 – IX ZR 219/05, BGHZ 172, 360 (Rn. 11); *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 11 Rn. 9.

Gläubiger in analoger Anwendung des § 805 ZPO vorzugsweise Befriedigung verlangen.¹⁶³ Teilweise wird demgegenüber allgemein¹⁶⁴ oder beschränkt auf die Fälle, in denen der Anfechtungsgegenstand nicht in einer beweglichen Sache besteht,¹⁶⁵ die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO bejaht. Wird über das Vermögen des Anfechtungsgegners das Insolvenzverfahren eröffnet, ist der anfechtende Gläubiger nach neuerer herrschender Meinung zur Aussonderung nach § 47, § 48 InsO berechtigt, wenn sich der Gegenstand der Anfechtung oder ein Surrogat dafür noch unterscheidbar im Vermögen des Anfechtungsgegners befindet.¹⁶⁶ Andernfalls und wenn der Anfechtungsanspruch lediglich auf Wertersatz gerichtet ist, stellt er eine einfache Insolvenzforderung dar.¹⁶⁷

Wie der Anfechtungsanspruch bei Einwirkungen auf einen Pflichtteilsanspruch ausgestaltet ist, ist je nach der Art der angefochtenen Rechtshandlung zu bestimmen: Richtet sich die Anfechtung gegen die Verfügung des Schuldners über seinen Pflichtteilsanspruch in Gestalt einer Abtretung, geht der Anfechtungsanspruch gegen den Anfechtungsgegner auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den an ihn abgetretenen Pflichtteilsanspruch. Eine nach Abtretung gegen den Schuldner erwirkte Pfändung ist ins Leere gegangen und bleibt wirkungslos. Vielmehr hat der anfechtende Gläubiger nach Erwirkung eines Duldungstitels gegen den Anfechtungsgegner den Pflichtteilsanspruch bei diesem auf Grundlage dieses Duldungstitels zu pfänden und ihn an sich überweisen zu lassen.¹⁶⁸ Ein Pfändungspfandrecht an dem abgetretenen Pflichtteilsanspruch berechtigt den anfechtenden Gläubiger in der Insolvenz des Anfechtungsgegners nach § 50 Abs. 1 InsO zur abgesonderten Befriedigung.¹⁶⁹ (Rück-)Abtretung des Pflichtteilsanspruchs an den Schuldner oder an sich selbst kann der an-

¹⁶³ Eckardt, KTS 2005, 15 (43, 49); Allgayer, Rn. 359 f.; Becker, in: Musielak/Voit, § 805 Rn. 6; Gruber, in: MünchKomm-ZPO, § 805 Rn. 18; Huber, § 13 Rn. 4; Preuß, in: BeckOK-ZPO, § 771 Rn. 32.

¹⁶⁴ Kindl, in: Saenger, § 771 Rn. 12; Lackmann, in: Musielak/Voit, § 771 Rn. 29; K. Schmidt/Brinkmann, in: MünchKomm-ZPO, § 771 Rn. 43.

¹⁶⁵ Kirchhof, in: MünchKomm-AnfG, § 11 Rn. 33, § 13 Rn. 5.

¹⁶⁶ Eckardt, KTS 2005, 15 (42 f.); Allgayer, Rn. 331–335, 362; Adolphsen, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 40 Rn. 30; Brinkmann, in: Uhlenbruck, § 47 Rn. 65; Ganter, in: MünchKomm-InsO, § 47 Rn. 346. Hingegen für ein Absonderungsrecht nach den §§ 49 ff. InsO Kirchhof, in: MünchKomm-AnfG, § 11 Rn. 34. Gegen ein Aussonderungsrecht Huber, Einführung Rn. 26, § 11 Rn. 11. Vgl. im Rahmen der Insolvenzanfechtung etwa Ede/Hirte, in: Uhlenbruck, § 143 Rn. 72.

¹⁶⁷ Adolphsen, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 40 Rn. 30; Ganter, in: MünchKomm-InsO, § 47 Rn. 346; Gruber, in: MünchKomm-ZPO, § 805 Rn. 20.

¹⁶⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 05.02.1987 – IX ZR 161/85, BGHZ 100, 36 (Juris-Rn. 25–30 = S. 42–45); BGH, Urt. v. 19.09.1991 – IX ZR 69/90, NJW-RR 1992, 612 (Juris-Rn. 31 = S. 613); Allgayer, Rn. 337–357; Hannich, S. 166 f.; Mauer, Rn. 502; Huber, § 11 Rn. 18; Nerlich/Niehus, § 11 Rn. 12. Hingegen für die Geltung einer gegenüber dem Schuldner erfolgten Pfändung auch gegenüber dem Anfechtungsgegner Kirchhof, in: MünchKomm-AnfG, § 11 Rn. 56.

¹⁶⁹ Allgayer, Rn. 361.

fechtende Gläubiger hingegen nicht verlangen.¹⁷⁰ Hat der Anfechtungsgegner den Pflichtteilsanspruch bereits eingezogen, steht dem anfechtenden Gläubiger nur ein auf Wertersatz gerichteter Zahlungsanspruch zu.¹⁷¹

Besteht die anzufechtende Verfügung des Schuldners in der Belastung des Pflichtteilsanspruchs mit einem Pfandrecht, ist der Anfechtungsanspruch gegen den Anfechtungsgegner darauf gerichtet, dass dieser von seinem Pfandrecht keinen Gebrauch macht. Die Aufhebung des Pfandrechts, die auch unbeteiligten Dritten zugute käme, kann der anfechtende Gläubiger hingegen nicht verlangen.¹⁷² Wird der Verzicht des Schuldners auf seinen Pflichtteilsanspruch angefochten, muss sich der Drittschuldner als Anfechtungsgegner so behandeln lassen, als ob die Forderung fortbestünde. Der anfechtende Gläubiger kann und muss also im Wege eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses gegen den Schuldner vollstrecken. Einer Neubegründung des durch Verzicht erloschenen Pflichtteilsanspruchs bedarf es hierfür nicht.¹⁷³ Für den Fall der Anfechtung der Nichtgeltendmachung des Pflichtteilsanspruchs bis zum Eintritt der Verjährung hat die unterlassene Hemmung der Verjährung nicht allgemein als vorgenommen zu gelten. Vielmehr kann der anfechtende Gläubiger der Erhebung der Verjährungseinrede durch den Anfechtungsgegner im Wege der Gegeneinrede nach § 9 AnfG die Anfechtbarkeit der Unterlassung der Verjährungshemmung entgegenhalten.¹⁷⁴

IV. Ergebnis

Als Ergebnis zur Einzelgläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz ist festzuhalten, dass es ohne Weiteres eine gläubigerbenachteiligende und daher bei Vorliegen eines Anfechtungsgrundes anfechtbare Rechtshandlung darstellt, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber nach anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen über seinen Pflichtteilsanspruch verfügt, auf ihn verzichtet oder bis zum Eintritt der Verjährung keine verjährungshemmenden Maßnahmen ergreift.

Solange die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO noch nicht erfüllt sind, kann der Pflichtteilsanspruchsinhaber auf diesen unanfechtbar verzichten oder seine Geltendmachung unterlassen. Die Abtretung und die Belastung des Pflichtteilsanspruchs benachteiligen jedoch die Gläubiger und unterliegen daher der

¹⁷⁰ *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 11 Rn. 55.

¹⁷¹ Vgl. BGH, Urt. v. 19.03.1980 – VIII ZR 195/79, NJW 1980, 1795 (Juris-Rn. 5 = S. 1795); *Huber*, § 11 Rn. 18; *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 11 Rn. 55; *Nerlich/Niehus*, § 11 Rn. 12.

¹⁷² BGH, Urt. v. 13.07.1995 – IX ZR 81/94, BGHZ 130, 314 (Juris-Rn. 36–42 = S. 325–328); *Mauer*, Rn. 502; *Huber*, § 11 Rn. 21; *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 11 Rn. 66, 75; *Nerlich/Niehus*, § 11 Rn. 18.

¹⁷³ Vgl. BGH, Urt. v. 11.10.1989 – VIII ZR 285/88, ZIP 1989, 1611 (Juris-Rn. 39 = S. 1613); *Allgayer*, Rn. 422, 426; *Huber*, § 9 Rn. 5, § 13 Rn. 23; *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 11 Rn. 77; *Nerlich/Niehus*, § 11 Rn. 14.

¹⁷⁴ *Allgayer*, Rn. 437; *Huber*, § 11 Rn. 22; *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 11 Rn. 84.

Einzelgläubigeranfechtung, wofür die von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO unabhängige Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs entgegen der vom Bundesgerichtshof in seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 1993 geäußerten Auffassung richtigerweise nicht erforderlich ist.

§ 6 Aufrechnung

Neben der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz stellt auch die Aufrechnung nach §§ 387 ff. BGB ein der (Einzel-)Zwangsvollstreckung teilweise verwandtes Rechtsinstitut dar; in den Augen der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Aufrechnung „auch ein der Zwangsvollstreckung ähnlicher, außergerichtlicher Zugriff auf die Gegenforderung, eine Forderungsdurchsetzung im Wege der Selbsthilfe“.¹ Es ist daher zu fragen, ob und wie unter Berücksichtigung der oben zur Auslegung des § 852 Abs. 1 ZPO gefundenen Ergebnisse eine Aufrechnung gegen den Pflichtteilsanspruch in Betracht kommt.

Nach § 387 BGB kann der Inhaber einer durchsetzbaren und insbesondere fälligen Forderung (Gegenforderung; Aktivforderung) gegenüber einer anderen Person diese Forderung gegen eine Forderung aufrechnen, welche der anderen Person gegenüber dem Aufrechnenden zusteht (Hauptforderung; Passivforderung), sofern letztere Forderung durch den Aufrechnenden erfüllbar ist und sofern Gleichartigkeit zwischen den Forderungen besteht. Die Aufrechnung erfolgt gemäß § 388 Satz 1 BGB durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil und hat nach § 389 BGB das Erlöschen der gegenseitigen Forderungen zur Folge. Die Aufrechnung bewirkt damit zugleich sowohl die Erfüllung der gegen den Aufrechnenden gerichteten Forderung (Erfüllungsfunktion) als auch die Durchsetzung der dem Aufrechnenden zustehenden Forderung (Vollstreckungsfunktion). Nach § 394 Satz 1 BGB ist die Aufrechnung ausgeschlossen, wenn die Forderung des anderen Teils gegen den Aufrechnenden, gegen die aufgerechnet werden soll, der Pfändung nicht unterworfen ist.

Vor diesem Hintergrund steht außer Zweifel, dass der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs eine ihm gegen den Pflichtteilsanspruchsinhaber zustehende Forderung gegen den Pflichtteilsanspruch aufrechnen kann, wenn die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt sind.² Zu fragen ist aber, ob eine Aufrechnung auch bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO möglich ist.

I. Wortlaut des § 394 Satz 1 BGB i.V.m. § 852 Abs. 1 ZPO

Dem Wortlaut des § 852 Abs. 1 ZPO nach ist der Pflichtteilsanspruch erst dann pfändbar, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Vor Erfüllung dieser Voraussetzungen ist ein Pflichtteilsanspruch der Pfändung nicht

¹ BGH, Urt. v. 13.06.1995 – IX ZR 137/94, BGHZ 130, 76 (Juris-Rn. 18 = S. 80).

² Vgl. nur – zwar in Bezug auf den Rückgewähranspruch aus § 528 BGB (§ 852 Abs. 2 ZPO), aber übertragbar auf den Pflichtteilsanspruch (§ 852 Abs. 1 ZPO) – BGH, Urt. v. 07.11.2006 – X ZR 184/04, BGHZ 169, 320 (Rn. 25).

unterworfen, sodass bei wortlautgetreuer Anwendung des § 394 Satz 1 BGB gegen einen Pflichtteilsanspruch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht aufgerechnet werden kann. Dieses Ergebnis wird – meist ohne nähere Auseinandersetzung – häufig vertreten.³

Unabhängig davon, ob sich dieses Ergebnis letztlich als zutreffend erweist, kann es bei der allein am Wortlaut der Vorschriften orientierten Anwendung aber schon deshalb nicht bleiben, weil bereits § 852 Abs. 1 ZPO für sich genommen, wie dargelegt,⁴ nicht als Pfändungs-, sondern als Verwertungsverbot zu verstehen ist. Es ist zu fragen, welche Auswirkung dieser einschränkenden Auslegung des § 852 Abs. 1 ZPO im Hinblick auf § 394 Satz 1 ZPO zuzumessen ist. Hinzukommt, dass die Vorschrift des § 394 Satz 1 BGB, die sämtliche Pfändungsverbote „über einen Leisten schlägt“,⁵ bisweilen als zu weitreichend und „grobschlächtig“⁶ empfunden wird und eine Anbindung an den Zweck des in Bezug genommenen Pfändungsverbots gefordert wird.⁷

II. Zweck des § 394 Satz 1 BGB

Für die Ermittlung des Zwecks der in § 394 Satz 1 BGB enthaltenen Regelung ist von Bedeutung, dass diese Regelung angesichts derjenigen Pfändungsverbote der ZPO geschaffen wurde, welche dem Schuldner in seinem eigenen Interesse, im Interesse seiner Familienangehörigen und im Interesse der sozialen Sicherungssysteme und damit der Allgemeinheit ein Existenzminimum sichern wollen.⁸ In Verfolgung dieses Ziels erweitert die Regelung des § 394 Satz 1 BGB das durch das Pfändungsverbot angeordnete Zugriffsverbot um die Garantie der Effektiverfüllung, indem sie trotz grundsätzlich bestehender Aufrechnungslage den Zugriff des Aufrechnenden auf die betreffende Forderung im Wege der Aufrechnung verhindert.⁹

Anerkanntermaßen soll § 852 Abs. 1 ZPO aber nicht dem Schutz des Existenzminimums des Pflichtteilsanspruchsinhabers dienen,¹⁰ sondern dessen Entscheidungsfreiheit über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gewähr-

³ *Lange/Kuchinke*, § 37 VIII 2 c; *Ahrens*, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 9; *Dennhardt*, in: BeckOK-BGB, § 394 Rn. 9; *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 54; weitere Nachweise bei *Hannich*, S. 173. Im Rahmen des § 852 Abs. 2 ZPO für den Rückgewähranspruch aus § 528 BGB wohl BGH, Urt. v. 07.11.2006 – X ZR 184/04, BGHZ 169, 320 (Rn. 25) und für den Zugewinnausgleichanspruch *Cziupka*, in: BeckOK-BGB, § 1378 Rn. 14; *Thiele*, in: Staudinger, Neubearb. 2007, § 1378 Rn. 21 f.

⁴ Vgl. oben unter § 4.IV.2.c) (S. 71).

⁵ *Gernhuber*, § 12 VI 4 a.

⁶ *Gursky*, in: Staudinger, Neubearb. 2016, § 394 Rn. 4.

⁷ *Gernhuber*, § 12 VI 4 a; *Gursky*, in: Staudinger, Neubearb. 2016, § 394 Rn. 4.

⁸ BGH, Beschl. v. 10.12.1951 – GSZ 3/51, BGHZ 4, 153 (Juris-Rn. 2 = S. 154 f.); *Dennhardt*, in: BeckOK-BGB, § 394 Rn. 1; *Gursky*, in: Staudinger, Neubearb. 2016, § 394 Rn. 4; *Schlüter*, in: MünchKomm-BGB, § 394 Rn. 1; *Weber*, in: RGRK, § 394 Rn. 1, 19.

⁹ *Meller-Hannich*, KTS 2000, 37 (52); *Hannich*, S. 173; *Gernhuber*, § 12 VI 4 a.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 07.04.2016 – IX ZB 69/15, ZIP 2016, 1078 (Rn. 24).

leisten.¹¹ Zur Absicherung dieses Zwecks des § 852 Abs. 1 ZPO ist die durch § 394 Satz 1 BGB geschaffene Garantie der Effektivverfüllung an sich nicht geboten.¹² Es wird daher als zweifelhaft oder als zumindest fraglich erachtet, ob die Anwendung des § 394 Satz 1 BGB auf § 852 Abs. 1 ZPO sachlich gerechtfertigt ist.¹³ Teilweise wird sie ausdrücklich abgelehnt.¹⁴

III. § 852 Abs. 1 ZPO als Erfüllungsverbot

Eine andere Frage ist es, ob § 852 Abs. 1 ZPO die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nicht nur gegenüber Dritten, sondern auch gegenüber dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs schützen möchte. Bisweilen wird in Bejahung dieser Frage die Geltung des Aufrechnungsverbots des § 394 Satz 1 BGB als „wertungskonforme Ergänzung“ des Schutzziels des § 852 Abs. 1 ZPO verstanden.¹⁵

Tatsächlich dürfte diese Frage zu bejahen sein, wenn auch mit anderweitigen Folgen: Ist die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs freilich in erster Linie gegenüber Dritten zu schützen, kann der Pflichtteilsanspruchsinhaber doch auch ein berechtigtes Interesse daran haben, dass der Pflichtteilsanspruch nicht gegen seinen Willen durch dessen Schuldner erfüllt wird. So mag etwa der Pflichtteilsanspruchsinhaber aus familiär-persönlichen Gründen jegliche Teilhabe am Nachlass des Erblassers ablehnen. Der Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO geht also dahin, die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nicht nur gegenüber Dritten, sondern auch gegenüber dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs zu schützen.¹⁶ Dies bedeutet, dass der Pflichtteilsanspruch vor Eintritt der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht erfüllbar ist; der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs kann sich nicht durch Zahlung oder Hinterlegung befreien und er kann den Pflichtteilsanspruchsinhaber auch nicht in Annahmeverzug setzen.¹⁷ In Abweichung

¹¹ Vgl. oben unter § 4.II. (S. 61).

¹² *Gursky*, in: Staudinger, Neubearb. 2016, § 394 Rn. 44.

¹³ *Gerhardt*, FS Zeuner, 353 (359); *Weber*, in: RGRK, § 394 Rn. 1, 19. Vgl. auch *Hannich*, S. 173 f.

¹⁴ *Gernhuber*, § 12 VI 4 a; ebenso – freilich in Bezug auf den Zugewinnausgleichsanspruch (§ 852 Abs. 2 ZPO) – *Koch*, in: MünchKomm-BGB, § 1378 Rn. 20. Die dortige Argumentation ist auf den Pflichtteilsanspruch aber übertragbar, zumal dort generell gefordert wird, § 394 Satz 1 BGB in restriktiver Interpretation nur auf solche Pfändungsverbote anzuwenden, deren Zweck die Garantie der Effektivverfüllung erfordert.

¹⁵ *Gursky*, in: Staudinger, Neubearb. 2016, § 394 Rn. 44.

¹⁶ Ebenso *Hannich*, S. 174 f.

¹⁷ *Hannich*, S. 175; *Tamblé*, S. 14, 16; *Lange/Kuchinke*, § 37 VIII 2 c; *Muscheler*, Universalsukzession, S. 211; *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 22. A.A. wohl *Gernhuber*, § 12 VI 4 a, der darauf verweist, dass ein Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch nach § 397 BGB nur vertraglich und daher mit Zustimmung durch den Pflichtteilsanspruchsschuldner möglich ist. Dies schließt jedoch nicht das berechtigte Interesse des Pflichtteilsanspruchsinhabers daran

von der Grundregel des § 271 Abs. 1 BGB ist der Pflichtteilsanspruch nicht bereits ab Entstehung, sondern erst mit Vorliegen der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllbar. Bis dahin folgt aus § 852 Abs. 1 ZPO ein Erfüllungsverbot.

Dogmatisch ist der Pflichtteilsanspruch daher als sogenannter verhaltener Anspruch einzustufen, bei dem die Erfüllbarkeit erst nach der Fälligkeit eintritt.¹⁸ Der Pflichtteilsanspruch wird zwar bereits mit seiner Entstehung durch den Erbfall gemäß § 2317 Abs. 1 BGB fällig,¹⁹ erfüllbar ist er aber erst ab Vorliegen der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO.

Kann der Schuldner den Pflichtteilsanspruch noch nicht erfüllen und damit die ihm obliegende Leistung noch nicht bewirken, fehlt es mit der Erfüllbarkeit an einer der nach § 387 BGB erforderlichen Voraussetzungen für das Bestehen einer Aufrechnungslage. Die Aufrechnung ist damit bereits mangels Aufrechnungslage nicht möglich, sodass es auf die Anwendbarkeit des Aufrechnungsverbots des § 394 Satz 1 BGB gar nicht ankommt.²⁰

IV. Ergebnis

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs eine ihm gegen den Pflichtteilsanspruchsinhaber zustehende Forderung nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ohne Weiteres gegen den Pflichtteilsanspruch aufrechnen kann. Vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ist eine solche Aufrechnung hingegen ausgeschlossen.²¹ Entgegen der überwiegend vertretenen Ansicht folgt dies aber nicht aus dem Aufrechnungsverbot des § 394 Satz 1 BGB, sondern daraus, dass der Pflichtteilsanspruch vor Eintritt der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht erfüllbar ist, sodass es nach § 387 BGB bereits am Bestehen einer Aufrechnungslage fehlt.

Erklärt der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO die Aufrechnung, ist diese unwirksam. Tritt später eine der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ein, führt dies – den allgemei-

aus, dass der Pflichtteilsanspruch auch ohne Verzicht bis zum Eintritt der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt wird.

¹⁸ BGH, Urt. v. 01.12.2011 – III ZR 71/11, BGHZ 192, 1 (Rn. 11); *Gernhuber*, § 3 I 7; *Bittner*, in: Staudinger, Neubearb. 2014, § 271 Rn. 7; *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 271 Rn. 4; *Windel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 95 Rn. 9.

¹⁹ Dazu oben unter § 1.VI. (S. 23).

²⁰ So ausdrücklich *Tamblé*, S. 14, 16; dies zumindest erwägend *Gursky*, in: Staudinger, Neubearb. 2016, § 394 Rn. 44 und *E. Wagner*, in: Erman, § 394 Rn. 7. I.E. ebenso, allerdings dogmatisch unter Annahme eines – wohl an § 394 Satz 1 BGB anknüpfenden – Aufrechnungsverbots, *Hannich*, S. 174–178.

²¹ So im Ergebnis übereinstimmend etwa *Hannich*, S. 176–178; *Tamblé*, S. 14, 16; *Lange/Kuchinke*, § 37 VIII 2 c; *Ahrens*, in: Prütting/Gehrlein, § 852 Rn. 9; *Dennhardt*, in: BeckOK-BGB, § 394 Rn. 9; *Gursky*, in: Staudinger, Neubearb. 2016, § 394 Rn. 44; *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 54; *E. Wagner*, in: Erman, § 394 Rn. 7. A.A. wohl nur *Gernhuber*, § 12 VI 4 a und *Koch*, in: MünchKomm-BGB, § 1378 Rn. 20.

nen Regelungen entsprechend²² – nicht etwa zur Heilung der unwirksamen Aufrechnung. Vielmehr ist die Aufrechnung nach Vorliegen ihrer Voraussetzungen erneut zu erklären.²³

Freilich ist zu berücksichtigen, dass § 852 Abs. 1 ZPO in seiner einschränkenden Auslegung²⁴ zwar den zwangsweisen Zugriff auf den Pflichtteilsanspruch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ausschließt, es den Gläubigern des Pflichtteilsanspruchsinheriters indes nicht untersagt, sich durch rangwahrende Pfändung noch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO den Zugriff auf den Pflichtteilsanspruch nach Eintritt der Verwertbarkeit zu sichern. Im Sinne dieser – berechtigten – Gläubigerinteressen wird teilweise gefordert, dass, abweichend von den allgemeinen Regelungen, eine noch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO abgegebene Aufrechnungserklärung zeitgleich mit Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO Wirkung entfalten müsse.²⁵ Diese Ansicht verkennt jedoch, dass der Zugriff des Schuldners des Pflichtteilsanspruchs, der zugleich Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinheriters ist, auch dann nicht ungebührlich gefährdet ist, wenn man an dem Erfordernis der erneuten Erklärung der Aufrechnung nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO festhält. Eine – vor oder nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgende – Pfändung des Pflichtteilsanspruchs durch einen weiteren Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinheriters steht der Aufrechnung nach § 392 BGB nicht entgegen und eine vorher wirksam werdende Aufrechnung durch einen weiteren Gläubiger ist nicht zu besorgen, da doch die Aufrechnungsbefugnis allein demjenigen Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinheriters zusteht, der zugleich Schuldner des Pflichtteilsanspruchs ist.

²² Vgl. etwa *Schlüter*, in: MünchKomm-BGB, § 389 Rn. 6; *E. Wagner*, in: Erman, § 388 Rn. 3.

²³ So speziell für den hier gegebenen Fall, dass die Forderung, gegen die aufgerechnet wird, erst im Nachhinein erfüllbar wird, BGH, Urt. v. 20.01.2009 – XI ZR 504/07, BGHZ 179, 260 (Rn. 39). Das Gleiche würde aber auch bei Einschlägigkeit des § 394 Satz 1 BGB gelten, vgl. *Schlüter*, in: MünchKomm-BGB, § 394 Rn. 3 und *Dennhardt*, in: BeckOK-BGB, § 394 Rn. 8.

²⁴ Dazu oben unter § 4.IV. (S. 65).

²⁵ So *Hannich*, S. 177.

Dritter Teil:

Der Pflichtteilsanspruch in der Insolvenz

Nach Erörterung der (Einzel-)Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch kann und soll nunmehr die Behandlung des Pflichtteilsanspruchs in der Insolvenz des Pflichtteilsanspruchsinhabers in den Blick genommen werden. Es geht dabei wohlgemerkt *nicht* um die *Insolvenz des Schuldners* des Pflichtteilsanspruchs, in welcher der Pflichtteilsanspruch eine gewöhnliche Insolvenzforderung darstellt und insoweit keine Besonderheiten mit sich bringt. Gegenstand der Untersuchung soll vielmehr sein, wie – insbesondere vor dem Hintergrund des § 852 Abs. 1 ZPO – in der *Insolvenz des Inhabers* des Pflichtteilsanspruchs mit diesem Anspruch umzugehen ist.

Dabei soll zunächst – vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung und der dogmatischen Einordnung der Frage – die Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse behandelt werden. Nach Klärung dieser Problematik können die entsprechenden Rechtsfolgen näher untersucht werden, wobei insbesondere zu erörtern sein wird, wie angesichts der Insolvenzbefangeneheit des Pflichtteilsanspruchs die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt werden können, welche Befugnisse dem Insolvenzschuldner in Bezug auf seinen Pflichtteilsanspruch ansonsten zustehen, ob ihn eine Pflicht oder Obliegenheit zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs trifft und wie die Verwertung des Pflichtteilsanspruchs durch den Insolvenzverwalter zu erfolgen hat. Schließlich ist zu untersuchen, inwiefern Einwirkungen auf den Pflichtteilsanspruch der Insolvenzanfechtung unterfallen können und inwiefern der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs in der Insolvenz gegen diesen Anspruch aufrechnen kann.

§ 7 Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse

Nachzugehen ist an erster Stelle der für die weiteren Abschnitte grundlegenden Frage, ob und inwiefern der Pflichtteilsanspruch Bestandteil der Insolvenzmasse ist.

I. Historische Entwicklung

Ansatzpunkte zur Beantwortung dieser Frage ergeben sich aus der historischen Entwicklung. Diese ist folglich von den Reichsjustizgesetzen aus dem Jahr 1877

an über die Verabschiedung des BGB im Jahr 1896 und die Rechtsprechungsänderung zum Verständnis des § 852 Abs. 1 ZPO aus dem Jahr 1993 bis hin zum Wechsel von der Konkursordnung (KO) zur Insolvenzordnung (InsO) im Jahr 1999 darzustellen.

1. Von den Reichsjustizgesetzen des Jahres 1877 bis zur Rechtsprechungsänderung von 1993

Zu den im Rahmen der Reichsjustizgesetze von 1877 verabschiedeten Gesetzen zählte die KO, die am 1. Oktober 1879 in Kraft trat. Grundlage des darin vorgesehenen Konkursverfahrens war die Konkursmasse; diese war in § 1 Abs. 1 KO definiert als „das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (Konkursmasse)“. Wie bereits dargestellt,¹ war bei den Beratungen für die Schaffung des BGB die Einfügung eines § 1b mit folgendem Inhalt in die KO erwogen worden:²

Ein dem Gemeinschuldner zustehender Pflichtteilsanspruch gehört zur Konkursmasse nur, wenn er zur Zeit des Konkursverfahrens durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist.

Was diese Vorschrift für den Fall besagen sollte, dass ein Pflichtteilsanspruch erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig werden würde, war bei den Beratungen unklar geblieben:

„Es wurde die Ansicht vertreten, daß, wie schon der Wortlaut des § 1b ergebe („zur Zeit des Konkursverfahrens“), solchenfalls der Anspruch zur Konkursmasse gehöre. Dies sei auch innerlich gerechtfertigt; denn der Anspruch entstehe schon mit dem Tode des Erblassers, der Zeitpunkt des Todes des Erblassers sei ferner entscheidend für die Berechnung des dem Pflichttheile zu Grunde zu legenden Nachlasses [...] und der Pflichttheil sei ohne Weiteres vererblich und übertragbar [...]. Daß die Zwangsvollstreckung in den Pflichttheil nur zugelassen werde, wenn er vertragsmäßig anerkannt oder rechtshängig geworden sei, hänge lediglich damit zusammen, daß man dem Pflichtteilsberechtigten selbst die Entscheidung darüber habe überlassen wollen, ob der immerhin höchst persönliche Verhältnisse berührende Streit um das Pflichtteilsrecht begonnen werden solle. Mit der rechtlichen Natur des Anspruchs als solchem habe dagegen jene Einschränkung der Zwangsvollstreckung nichts zu thun. Die Sache liege ähnlich wie bei einer dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkursverfahrens angefallenen Erbschaft. Die Annahme und Ausschlagung stehe zwar dem Gemeinschuldner zu [...]; es sei aber doch wohl unzweifelhaft, daß, wenn der Gemeinschuldner die Erbschaft annehme, sie zur Konkursmasse gehöre.

Von anderer Seite wurde die Auffassung vertheidigt, daß ein erst während des Konkursverfahrens anerkannter oder rechtshängig gewordener Pflichtteilsanspruch nicht in die Konkursmasse falle. Es wurde namentlich hervorgehoben, daß andernfalls der Pflichtteilsberechtigte zwar allein berechtigt wäre, die Pflichttheilsklage zu erheben, daß er aber mit der Erhebung der Klage prozeßunfähig würde. Der im §. 1b gewählte Ausdruck „zur Zeit des Konkursverfahrens“ sei unter allen Umständen unrichtig; denn bei rückwirkender Kraft der Anerkennung

¹ Oben unter § 4.1.3. (S. 60).

² Vgl. *Achilles/Gebhard/Spahn*, Bd. VI, S. 753.

und der Rechtshängigkeit komme, wenn die Anerkennung oder die Rechtshängigkeit erst nach der Aufhebung des Konkurses eintrete, der §. 153 Abs. 2 d. K.O. zur Anwendung. Die Komm. entschied sich dafür, den Pflichttheil nur dann in die Konkursmasse fallen zu lassen, wenn die Voraussetzungen seiner Pfändbarkeit schon zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens gegeben sind.³

Letztlich wurde die Einfügung des ins Auge gefassten § 1b in die KO jedoch abgelehnt. Einerseits wurde es nämlich als selbstverständlich angesehen, dass ein zur Zeit der Konkurseröffnung bereits vertragsmäßig anerkannter oder rechtshängig gewordener Pflichtteilsanspruch zur Konkursmasse gehörte. Andererseits sollte es „der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen werden“, ob auch die Anerkennung oder das Rechtshängigmachen des Pflichtteilsanspruchs nach Konkurseröffnung dessen Massezugehörigkeit begründen könne.⁴ Man einigte sich darauf, dass „die ganze in der Vorschrift behandelte Frage für die Wissenschaft offen bleiben solle“.⁵

In der Wissenschaft ist diese Frage sodann unterschiedlich beantwortet worden. Teile der Literatur gingen davon aus, dass einer rückwirkenden Konkursbefangenheit des erst während des laufenden Konkursverfahrens durch Vertrag anerkannten oder rechtshängig gemachten Pflichtteilsanspruchs der Wortlaut des § 1 Abs. 1 KO sowie allgemeine Grundsätze entgegenstünden; waren bei Eröffnung des Konkursverfahrens die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO noch nicht erfüllt, so blieb nach dieser Auffassung der Pflichtteilsanspruch selbst dann konkursfrei, wenn die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO während des Konkursverfahrens erfüllt wurden.⁶ Andere Stimmen sprachen jedoch der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erst während des laufenden Konkursverfahrens Rückwirkung zu; Sinn und Zweck der Regelung des § 852 Abs. 1 ZPO geböten die Bejahung der Konkursbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs auch in diesem Fall oder gar unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO.⁷

2. Von der Rechtsprechungsänderung von 1993 bis zur Abschaffung der KO im Jahr 1998

Mit der Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 852 Abs. 1 ZPO im Jahr 1993 und der nunmehrigen Anerkennung der Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO als eines in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Anspruchs⁸ hatte sich die Frage nach der Möglichkeit rückwirkender Konkursbe-

³ *Achilles/Gebhard/Spahn*, Bd. VI, S. 754 f.

⁴ *Achilles/Gebhard/Spahn*, Bd. VI, S. 802.

⁵ *Achilles/Gebhard/Spahn*, Bd. VI, S. 802. Vgl. auch *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 205 Fn. 166.

⁶ Nachweise etwa bei *Hannich*, S. 168 und bei *Jaeger/Henckel*, KO, § 9 Rn. 15.

⁷ *Jaeger/Henckel*, KO, § 9 Rn. 16, 59; weitere Nachweise bei *Hannich*, S. 168–170.

⁸ Dazu oben unter § 4.IV.2. (S. 67).

fangeneheit des Pflichtteilsanspruchs weitgehend erledigt.⁹ Die Literatur ging fortan davon aus, dass jetzt der Pflichtteilsanspruch infolge seiner Pfändbarkeit unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO von Anfang an zur Konkursmasse gehöre.¹⁰ Die Rechtsprechung hat sich ihrerseits mit der Frage der Massezugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO im Zusammenhang mit der Gesamtvollstreckungsordnung (GesO) befasst, die nach dem Einigungsvertrag vom 3. Oktober 1990 im Gebiet der östlichen Bundesländer galt. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 GesO erfasste die Gesamtvollstreckung „das gesamte Vermögen des Schuldners mit Ausnahme der Sachen und Forderungen, die nach den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung und anderer Rechtsvorschriften nicht der Vollstreckung unterliegen“. Der einschränkenden Auslegung des § 852 Abs. 1 ZPO in der höchstrichterlichen Rechtsprechung folgend, hat das Oberlandesgericht Brandenburg entschieden, dass der Pflichtteilsanspruch auch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO dem Gesamtvollstreckungsbeschlagnahme unterliege; nur die Verwertung sei dann noch ausgeschlossen.¹¹

3. Situation seit 1999 unter Geltung der InsO

Zum 1. Januar 1999 wurden die KO und die GesO durch die nunmehr geltende InsO abgelöst. Nach § 35 Abs. 1 InsO erfasst das Insolvenzverfahren „das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt (Insolvenzmasse)“. Nicht zur Insolvenzmasse gehören nach § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO jedoch „Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen“. Ob unter Geltung der InsO ein Pflichtteilsanspruch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse gehört, ist umstritten.

Weit überwiegend wird diese Frage in Schrifttum und Rechtsprechung inzwischen bejaht.¹² Dabei ist allerdings teilweise davon die Rede, dass der Pflicht-

⁹ Hannich, S. 170.

¹⁰ Keim, ZEV 1998, 127 (128); Klumpp, ZEV 1998, 123 (126); Kuchinke, NJW 1994, 1769 (1772); Windel, KTS 1995, 367 (383); Hannich, S. 170.

¹¹ OLG Brandenburg, Beschl. v. 31.08.1998 – 10 W 44/97, FamRZ 1999, 1436 (Juris-Rn. 4 = S. 1436).

¹² BGH, Beschl. v. 18.12.2008 – IX ZB 249/07, NJW-RR 2009, 632 (Rn. 14); BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, NJW-RR 2010, 121 (Rn. 8); BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, NJW 2011, 1448 (Rn. 8 f.); BGH, Ur. v. 20.12.2012 – IX ZR 56/12, NJW 2013, 692 (Rn. 14); BGH, Ur. v. 05.11.2014 – IV ZR 104/14, NJW 2015, 59 (Rn. 15); BGH, Beschl. v. 11.06.2015 – IX ZB 18/13, ZIP 2015, 1595 (Rn. 9); BGH, Beschl. v. 07.04.2016 – IX ZB 69/15, ZIP 2016, 1078 (Rn. 12); Bartels, KTS 2003, 41 (45, 47); Busch, ZVI 2011, 77 (80); Deutsches Notarinstitut, DNotI-Report 2003, 179 (181); Floeth, FamRZ 2010, 460 (461); Floeth, FamRZ 2011, 1399 (1399 f.); Haas/Vogel, KTS 2011, 387 (388 f.); Haas/Vogel, FS Bengel/Reimann, 173 (178 f.); Herrler, NJW 2011, 2258 (2260); Ivo, ZErB 2003, 250 (254); Kießner, FD-InsR 2011, 313567; Klumpp, ZEV 1998, 123 (126); Kuchinke, NJW 1994, 1769

teilsanspruch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nur vorläufig zur Insolvenzmasse gehöre¹³ und dass insofern nur ein bedingter Insolvenzbeschluss vorliege.¹⁴

Teilweise wurde¹⁵ und wird aber auch vertreten, dass ein Pflichtteilsanspruch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht zur Insolvenzmasse gehöre.¹⁶ Würden die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erst während des laufenden Insolvenzverfahrens erfüllt, falle der Pflichtteilsanspruch erst ab diesem Zeitpunkt als Neuerwerb im Sinne des § 35 Abs. 1 Var. 2 InsO in die Insolvenzmasse.¹⁷

(1772); *Krauß*, ErbR 2011, 162 (164); *Litzenburger*, FD-ErbR 2011, 313626; *Mayer*, Mitt-BayNot 2011, 445 (447); *Schmerbach*, NZI 2009, 552; *Storz*, EWiR 2011, 157 (158); *Lehmann*, S. 133; *Bork*, Rn. 145 f.; *Gottwald*, Pflichtteilsrecht, Teil II § 2317 Rn. 40, Teil III Rn. 296; *Lange/Kuchinke*, § 37 VIII 2 c; *Bäuerle*, in: Braun, § 35 Rn. 83; *Büteröwe*, in: K. Schmidt, InsO, § 35 Rn. 10; *Henckel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 36 Rn. 37; *Hirte*, in: Uhlenbruck, § 35 Rn. 201, § 36 Rn. 35; *Huber*, in: Graf-Schlicker, § 129 Rn. 8; *Kayser*, in: Kreft, § 83 Rn. 3; *Keller*, in: Kreft, § 36 Rn. 41; *Kreft*, in: Kreft, § 129 Rn. 20, 55; *Kroth*, in: Braun, § 83 Rn. 6; *Kuleisa*, in: HambKomm-InsR, § 83 Rn. 8; *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2317 Rn. 27; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 852 Rn. 23; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 12; *Schumann*, in: MünchKomm-InsO, § 83 Rn. 16; *Siegmann*, in: MünchKomm-InsO, Anhang zu § 315 Rn. 27; *Sternal*, in: K. Schmidt, InsO, § 83 Rn. 16; *Wimmer-Amend*, in: FK-InsO, § 83 Rn. 16; wohl auch *Häsemeyer*, Rn. 9.10 und *Firsching/Graf*, Rn. 1.440; hierzu tendierend auch *Limmer*, ZEV 2004, 133 (135). Unklar und in sich widersprüchlich *Horn*, in: MAH Erbrecht, § 29 Rn. 52.

¹³ BGH, Urt. v. 20.12.2012 – IX ZR 56/12, NJW 2013, 692 (Rn. 14); *Litzenburger*, FD-ErbR 2011, 313626; *Vallender*, WuB VI A. § 203 InsO 1.11, 223 (223).

¹⁴ BGH, Beschl. v. 18.12.2008 – IX ZB 249/07, NJW-RR 2009, 632 (Rn. 14); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (178 f.); *Henckel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 36 Rn. 37, § 83 Rn. 15.

¹⁵ Als in der insolvenzrechtlichen Literatur bis zur Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2009 nahezu einhellig vertretene Auffassung erachtet von *Deutsches Notarinstitut*, DNotI-Report 2003, 179 (181); *Goltzsche*, DNotZ 2009, 865 (866); *Ivo*, ZErB 2003, 250 (254).

¹⁶ LG Göttingen, Beschl. v. 26.10.2009 – 10 T 86/09, NZI 2009, 896 (Juris-Rn. 4 = S. 896); *Becker*, jurisPR-FamR 19/2010 Anm. 7 (unter C.); *Leipold*, FS Gaul, 367 (369); *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (277 ff.); *Engelmann*, S. 24; *Foerste*, Rn. 154; *Bornemann*, in: FK-InsO, § 36 Rn. 53; *Busch*, in: Graf-Schlicker, § 83 Rn. 5; *Lüke*, in: Wieczorek/Schütze, § 852 Rn. 1; *Lüke*, in: KPB, 39. Lfg. 2/10 § 83 Rn. 12; *Mock*, in: Uhlenbruck, § 83 Rn. 24 (anders aber *Hirte*, in: Uhlenbruck, § 35 Rn. 201, § 36 Rn. 35); *Windel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 83 Rn. 15, § 85 Rn. 7; wohl auch *Andres*, in: Nerlich/Römermann, § 35 Rn. 62 und *Wittkowski/Kruth*, in: Nerlich/Römermann, § 83 Rn. 11; ebenso *Klopp/Kluth/Wimmer*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 25 Rn. 38 und *Hess*, § 83 Rn. 24 f., allerdings jeweils ohne Eingehen auf die einschränkende Auslegung des § 852 Abs. 1 ZPO; ebenso auch *Lüdtke*, in: HambKomm-InsR, § 35 Rn. 221, der allerdings wohl auch für die (Einzel-)Zwangsvollstreckung eine Pfändung des in seiner Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Pflichtteilsanspruchs wegen des entgegenstehenden Wortlauts des § 852 Abs. 1 ZPO ablehnt. Unklar und in sich widersprüchlich *Horn*, in: MAH Erbrecht, § 29 Rn. 52.

¹⁷ *Leipold*, FS Gaul, 367 (369); *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (279); *Mock*, in: Uhlenbruck, § 83 Rn. 24; wohl auch *Andres*, in: Nerlich/Römermann, § 35 Rn. 62.

II. Dogmatische Einordnung

Der Streit um die Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse betrifft das Verhältnis zwischen § 35 Abs. 1, § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO und § 852 Abs. 1 ZPO. Kern der Frage ist, ob der Pflichtteilsanspruch im Sinne des § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht der Zwangsvollstreckung unterliegt. Einhellig wird § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO – wie auch schon § 1 Abs. 1 KO – so verstanden, dass Gegenstände jedenfalls dann nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, wenn sie unpfändbar sind.¹⁸ Indem § 852 Abs. 1 ZPO die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs von der Erfüllung der dort genannten Voraussetzungen abhängig macht, spricht der Wortlaut dafür, den Pflichtteilsanspruch erst ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse zu rechnen. Hierbei können die Überlegungen jedoch nicht stehenbleiben.

1. Insolvenzbefangenheit spätestens ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO

Festzuhalten ist zunächst, dass der Pflichtteilsanspruch jedenfalls mit Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO Bestandteil der Insolvenzmasse wird. Lagen diese Voraussetzungen bereits bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens vor, folgt dieses Ergebnis unmittelbar aus § 35 Abs. 1 Var. 1 InsO. Werden sie erst während des laufenden Insolvenzverfahrens erfüllt, wird damit die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs begründet, was der Erlangung eines – pfändbaren – Gegenstands während des Verfahrens im Sinne des § 35 Abs. 1 Var. 2 InsO gleichkommt.¹⁹ Der Pflichtteilsanspruch fällt dann ab diesem Zeitpunkt als Neuerwerb in die Insolvenzmasse.²⁰ Mit der Einbeziehung des Neuerwerbs in die Masse unterscheidet sich die rechtliche Lage unter Geltung der InsO erheblich von der Situation unter Geltung der KO, bei welcher die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO während des laufenden Konkursverfahrens die Massezugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs nicht mehr herbeiführen konnte, sofern man der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung zumaß. Zu Recht wird daher betont, dass die noch zu Zeiten der Geltung der KO entwickelten und vertretenen Positionen nicht unbesehen auf die heutige Situation übertragen werden dürfen.²¹ Dass der Pflichtteilsanspruch unter Geltung der InsO spätestens mit Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO während des Insolvenz-

¹⁸ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 24.03.2011 – IX ZR 180/10, BGHZ 189, 65 (Rn. 32 ff.); Haas/Vogel, FS Bengel/Reimann, 173 (178); Hirte, in: Uhlenbruck, § 36 Rn. 4; Leithaus, in: Andres/Leithaus, § 36 Rn. 1; Peters, in: MünchKomm-InsO, § 36 Rn. 1.

¹⁹ Vgl. zu dieser Gleichsetzung Henckel, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 36 Rn. 4.

²⁰ Dieckmann, Insolvenzzrecht im Umbruch, 127 (133 f.); Leopold, FS Gaul, 367 (369); Lehmann, S. 133.

²¹ Floeth, FamRZ 2010, 460 (461); Lüke, FS Kanzleiter, 271 (279).

verfahrens Massebestandteil wird, ist nicht zu bestreiten.²² Fraglich ist daher allein, ob entgegen dem Wortlaut der § 35 Abs. 1, § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO, § 852 Abs. 1 ZPO auch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO von der Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs auszugehen ist.

2. Konstruktive Möglichkeit der Insolvenzbefangenheit eines in seiner Verwertbarkeit beschränkten Anspruchs

Konstruktiv erscheint es durchaus möglich, die uneingeschränkte sofortige Verwertbarkeit eines Vermögensgegenstands nicht zur Voraussetzung für dessen Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse zu machen.²³ So steht etwa außer Frage, dass eine dem Insolvenzschuldner vor Eröffnung oder während des laufenden Insolvenzverfahrens nach § 1942 Abs. 1 BGB anfallende Erbschaft zunächst nur vorläufig unter der auflösenden Bedingung der Ausschlagung zur Insolvenzmasse gehört. Nimmt der Insolvenzschuldner die Erbschaft nach §§ 1943 ff. BGB, § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO an, ist sie endgültig als vom Zeitpunkt ihres Anfalls an zur Insolvenzmasse zählend zu erachten. Schlägt er sie aus, hat das insgesamt die Nichtzugehörigkeit der Erbschaft zur Insolvenzmasse zur Folge. Bis zur Annahme oder Ausschlagung ist der Insolvenzverwalter an der Verwertung der Erbschaft gehindert.²⁴ Parallel hierzu könnte bis zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO auch mit dem Pflichtteilsanspruch zu verfahren sein.²⁵ Ebenso lässt sich in konstruktiver Hinsicht eine Parallele zur Situation des unter verwaltender Testamentsvollstreckung stehenden Nachlasses ziehen, welcher nach § 2214 BGB während der Dauer der Testamentsvollstreckung lediglich den Nachlassgläubigern, nicht aber den Eigengläubigern des Erben haftet. Nach herrschender Auffassung hat die Testamentsvollstreckung für den Fall der Insolvenz des Erben die Bildung einer nur den Nachlassgläubigern haftenden Sondermasse zur Folge und schließt für die Dauer der Testamentsvollstreckung die Verwertung durch den Insolvenzverwalter aus. Der Zugehörigkeit des Nachlasses zur Insolvenzmasse steht sie ansonsten aber nicht entgegen.²⁶ In Anleh-

²² Dieckmann, Insolvenzrecht im Umbruch, 127 (133 f.); Floeth, FamRZ 2010, 460 (461); Geitner, S. 21.

²³ BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, NJW 2011, 1448 (Rn. 9); Floeth, FamRZ 2010, 460 (461); Floeth, FamRZ 2011, 1399 (1400); Herrler, NJW 2011, 2258 (2260); Storz, EWIR 2011, 157 (158).

²⁴ BGH, Urt. v. 11.05.2006 – IX ZR 42/05, BGHZ 167, 352 (Rn. 10 f.); BGH, Urt. v. 20.12.2012 – IX ZR 56/12, NJW 2013, 692 (Rn. 11); Lehmann, S. 19–37; Kroth, in: Braun, § 83 Rn. 4; Schumann, in: MünchKomm-InsO, § 83 Rn. 4–6; Uhlenbruck, in: Uhlenbruck, § 35 Rn. 199; Wittkowski/Kruth, in: Nerlich/Römermann, § 83 Rn. 3–8. Eine Verwertungsbeugnis bejahend, von welcher der Insolvenzverwalter jedoch bis zur Annahme keinen Gebrauch machen solle, Herrler, NJW 2011, 2258 (2260).

²⁵ Floeth, FamRZ 2011, 1399 (1400). Vgl. auch Bartels, KTS 2003, 41 (45 f.).

²⁶ BGH, Urt. v. 11.05.2006 – IX ZR 42/05, BGHZ 167, 352 (Rn. 12–22); Siegmann, ZEV 2006, 408 (408); Bäuerle, in: Braun, § 35 Rn. 85; Hirte, in: Uhlenbruck, § 35 Rn. 58,

nung hieran könnte auch der Pflichtteilsanspruch als Bestandteil der Insolvenzmasse gelten, der für den Insolvenzverwalter erst mit Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO verwertbar wird.

3. Zweck des § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO und des § 852 Abs. 1 ZPO

Die weitere Klärung hängt davon ab, in welchem Verhältnis der jeweilige Zweck des § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO und des § 852 Abs. 1 ZPO zu der Auffassung steht, den Pflichtteilsanspruch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse zu zählen.

Anerkanntermaßen möchte § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO in Verbindung mit den Pfändungsschutzvorschriften durch die Anknüpfung der Massezugehörigkeit an die Pfändbarkeit eines Gegenstands sicherstellen, dass dem Insolvenzschuldner auch im Insolvenzverfahren die zur Führung eines menschenwürdigen Lebens notwendigen Mittel sowie bestimmte persönliche Güter verbleiben und er nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist.²⁷ Dieser Schutzzweck greift nicht, wenn die Unpfändbarkeit nicht dem Schutz des Schuldners dient. Vielmehr können in einem solchen Fall auch an sich unpfändbare Ansprüche – entgegen dem Wortlaut des § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO – zur Insolvenzmasse gehören.²⁸ Bejaht hat die Rechtsprechung dies etwa für einen Anspruch des Schuldners auf Befreiung von einer Schuld gegenüber einem Drittgläubiger²⁹ sowie für einen Anspruch des Schuldners aus einem Darlehensvertrag mit der Zweckbindung, den Kreditbetrag einer bestimmten Person zuzuwenden³⁰. Beide Male diene die Unpfändbarkeit nicht dem Schutz des Schuldners und hatte der betreffende Anspruch nicht zum Ziel, dem Drittgläubiger eine insolvenzfeste haftungsrechtliche Zuweisung zu verschaffen.³¹ Auch durch die Zurechnung des unter Testamentsvollstreckung stehenden Nachlasses zur Insolvenzmasse wird der Schutzzweck des § 36 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht berührt, da § 2214 BGB nicht dem Schuldnerschutz dient, sondern lediglich dem Testamentsvollstrecker die Erfüllung seiner Aufgaben erleichtern will.³²

200; Lüer, in: Uhlenbruck, § 331 Rn. 7; Peters, in: MünchKomm-InsO, § 35 Rn. 430; Schumann, in: MünchKomm-InsO, § 83 Rn. 4–6; Siegmann, in: MünchKomm-InsO, § 331 Rn. 6. A.A. Muscheler, Haftungsordnung, S. 100–103.

²⁷ BGH, Urt. v. 11.05.2006 – IX ZR 42/05, BGHZ 167, 352 (Rn. 16); BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, NJW 2011, 1448 (Rn. 10); Haas/Vogel, FS Bengel/Reimann, 173 (178); Bork, Rn. 146; Peters, in: MünchKomm-InsO, § 36 Rn. 1.

²⁸ BGH, Urt. v. 07.06.2001 – IX ZR 195/00, ZIP 2001, 1248 (Juris-Rn. 10 = S. 1248 f.); BGH, Urt. v. 17.03.2011 – IX ZR 166/08, ZIP 2011, 824 (Rn. 15).

²⁹ BGH, Urt. v. 07.06.2001 – IX ZR 195/00, ZIP 2001, 1248 (Juris-Rn. 10 = S. 1248 f.); BGH, Urt. v. 17.03.2011 – IX ZR 166/08, ZIP 2011, 824 (Rn. 15).

³⁰ BGH, Urt. v. 07.06.2001 – IX ZR 195/00, ZIP 2001, 1248 (Juris-Rn. 11 f. = S. 1248 f.); BGH, Urt. v. 17.03.2011 – IX ZR 166/08, ZIP 2011, 824 (Rn. 16).

³¹ BGH, Urt. v. 07.06.2001 – IX ZR 195/00, ZIP 2001, 1248 (Juris-Rn. 10–12 = S. 1248 f.); BGH, Urt. v. 17.03.2011 – IX ZR 166/08, ZIP 2011, 824 (Rn. 15 f.).

³² BGH, Urt. v. 11.05.2006 – IX ZR 42/05, BGHZ 167, 352 (Rn. 16 f.).

Wie ausgeführt,³³ ist es Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO, die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gegen oder zumindest ohne den Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers zu verhindern; mithin soll seine Entscheidungsfreiheit über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs geschützt werden. § 852 Abs. 1 ZPO hat aber nicht zum Ziel, das Existenzminimum des Pflichtteilsanspruchsinhabers sicherzustellen. Vielmehr steht der Pflichtteilsanspruch ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO sehr wohl dem Zugriff durch die Gläubiger offen.

Der Zweck des § 36 Abs. 1 Satz 1 ZPO wird daher nicht gefährdet, wenn man entgegen dem Wortlaut der § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO, § 852 Abs. 1 ZPO den Pflichtteilsanspruch auch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse zählt.³⁴ Zugleich wahrt diese Auffassung aber auch den Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO, da die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs durch dessen Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse nicht beeinträchtigt wird.³⁵

III. Bewertung

Ist es demnach konstruktiv möglich und mit dem Zweck des § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO vereinbar, den Pflichtteilsanspruch entgegen dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse zu rechnen, so sind für eine endgültige Entscheidung der Frage die für die unterschiedlichen Ansichten sprechenden Gesichtspunkte herauszuarbeiten und zu bewerten.

1. Gleichlauf zwischen (Einzel-)Zwangsvollstreckung und Insolvenz

Für die Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO wird der Gleichlauf mit der Beurteilung der rechtlichen Situation bei der (Einzel-)Zwangsvollstreckung ins Feld geführt.³⁶ Ist im Rahmen der (Einzel-)Zwangsvollstreckung der Pflichtteilsanspruch unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO als ein in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingter Anspruch pfändbar, liegt es nahe, diese einschränkende Auslegung der Rechtsfolgen des § 852 Abs. 1 ZPO auch auf die Insolvenz zu übertragen und den Pflichtteilsanspruch aufgrund der insoweit bestehenden Pfändbarkeit

³³ Oben unter § 4.II. (S. 61).

³⁴ BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, NJW 2011, 1448 (Rn. 10); *Haas/Vogel*, KTS 2011, 387 (388); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (178 f.); *Storz*, EWIR 2011, 157 (158).

³⁵ Vgl. nur *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (179).

³⁶ Vgl. etwa *Lehmann*, S. 133. Vgl. zum Gleichlauf zwischen Pfändungszugriff und Konkursbeschlagnahme auch bereits BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 (Juris-Rn. 15 = S. 189).

auch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse zu zählen.

Diese Argumentation greift aber zu kurz und ist nicht zwingend. So besteht zwischen der (Einzel-)Zwangsvollstreckung und der Insolvenz von vornherein kein vollständiger Gleichlauf, da etwa einerseits die bei der (Einzel-)Zwangsvollstreckung bedeutsame Frage der Rangverhältnisse beim Zugriff auf einen Anspruch in der Insolvenz keine Rolle spielt³⁷ und da andererseits im Unterschied zur (Einzel-)Zwangsvollstreckung in der Insolvenz die Einbeziehung des Neuerwerbs in die Insolvenzmasse vorgesehen ist³⁸. Somit kann jedenfalls nicht ohne Weiteres aus der einschränkenden Auslegung der Rechtsfolgen des § 852 Abs. 1 ZPO in der (Einzel-)Zwangsvollstreckung auf die Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO geschlossen werden.

Vielmehr bedarf eine Abweichung vom Wortlaut der § 35 Abs. 1, § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO, § 852 Abs. 1 ZPO auch im Rahmen der Insolvenz einer sachlichen Rechtfertigung. Auch in der Insolvenz könnte die Gefahr bestehen, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber durch Gebrauchmachen von seiner nach § 2317 Abs. 2 BGB bestehenden Verfügungsmöglichkeit bei gleichzeitiger Einschränkung der Pfändbarkeit durch § 852 Abs. 1 ZPO sich oder anderen zum Nachteil der Insolvenzgläubiger Vorteile verschafft. Es ist also zu prüfen, ob zum Schutz der Insolvenzgläubiger vor sachlich nicht gerechtfertigter Benachteiligung die Zurechnung des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO geboten ist.³⁹

2. Auswirkungen auf den Schutz der Insolvenzgläubiger

Hierfür sind die sich für den Schutz der Insolvenzgläubiger aus den beiden Ansichten ergebenden Konsequenzen in den Blick zu nehmen.

Unmittelbare Folge der Zugehörigkeit eines Anspruchs zur Insolvenzmasse ist, dass der Insolvenzschuldner wegen der Beschlagnahme des Anspruchs nach § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis – und damit auch die Prozessführungsbefugnis – über den insolvenzbefangenen Anspruch an den Insolvenzverwalter verliert.⁴⁰ Der Insolvenzschuldner kann nicht mehr wirksam über den Anspruch verfügen (§ 81 Abs. 1 Satz 1 InsO) und folglich kann der Drittschuldner auch nicht mehr mit befreiender Wirkung auf den Anspruch an den (Insolvenz-)Schuldner leisten, wobei § 82 InsO Regelungen zum Schutz des gutgläubigen Drittschuldners enthält.⁴¹

³⁷ Lüke, FS Kanzleiter, 271 (280 f.); Lüke, in: KPB, 39. Lfg. 2/10 § 83 Rn. 12.

³⁸ Lüke, FS Kanzleiter, 271 (280 f.).

³⁹ Lüke, FS Kanzleiter, 271 (282).

⁴⁰ Bork, Rn. 140, 150.

⁴¹ Bork, Rn. 163, 171 f.

a) Wirksamkeit von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch

Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Insolvenzschuldner nach beiden Auffassungen wirksam über seinen Pflichtteilsanspruch verfügen und ihn so der späteren Insolvenzmasse entziehen.

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Insolvenzschuldner eindeutig nicht mehr über seinen Pflichtteilsanspruch verfügen, wenn man diesen schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse zählt. Nach § 80 Abs. 1, § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO fehlt ihm dann die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch. Belässt man es hingegen beim Wortlaut der gesetzlichen Regelungen und damit beim Eintritt der Insolvenzbefangenheit erst mit Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO, hängt die Wirksamkeit von Verfügungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens davon ab, wie man das Verhältnis zwischen Verfügung und Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO beurteilt.⁴² Bejaht man die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bereits mit dem Abschluss des einer Verfügung vorausgehenden Kausalgeschäfts,⁴³ ist die nachfolgende Verfügung mangels Verfügungsbefugnis unwirksam.⁴⁴ Vertritt man die konträre Auffassung, dass selbst eine Verfügung über den Pflichtteilsanspruch die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt,⁴⁵ ist eine nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und vor anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgende Verfügung über den Pflichtteilsanspruch ohne Weiteres wirksam. Nimmt man hingegen mit dem weit überwiegenden Teil der Literatur⁴⁶ zutreffend⁴⁷ an, dass Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch dessen Anerkennung durch Vertrag im Rahmen des § 852 Abs. 1 ZPO dergestalt gleichzustellen sind, dass mit dem Abschluss des Verfügungsvertrags die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt sind, wird zeitgleich mit der Verfügung die Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse begründet. Die Wirksamkeit einer solchen Verfügung ist schwierig zu beurteilen, weil der Verfügungserfolg, die Begründung der Zugehörigkeit des Verfügungsgegenstands zur Insolvenzmasse und gegebenenfalls auch die Verfügungshandlung in derselben juristischen Sekunde stattfinden. Ob in einem solchen – außerhalb des § 852 ZPO kaum denkbaren – Fall die Verfügung wirksam ist oder an § 80 Abs. 1, § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO scheitert, scheint bislang kaum erörtert zu sein. Mit dem Argument,

⁴² Dazu ausführlich oben unter § 4.V.2.b) (S. 107).

⁴³ So *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (284); *Zeranski*, NotBZ 2001, 19 (21 f.). Dagegen oben unter § 4.V.2.b)bb)(2) (S. 109).

⁴⁴ Diese Ansicht führt freilich dann nicht weiter, wenn einer Verfügung – ausnahmsweise – kein Kausalgeschäft vorausgegangen ist.

⁴⁵ Nachweise für diese Ansicht oben unter § 4.V.2.b)aa) (S. 107). Dagegen oben unter § 4.V.2.b)bb) (S. 108).

⁴⁶ Nachweise für diese Ansicht oben unter § 4.V.2.b)aa) (S. 107).

⁴⁷ Dazu oben unter § 4.V.2.b)bb) (S. 108).

dass die Insolvenzbefangenheit nur reflexartig an die Verfügung anknüpft, dürfte ein Eingreifen der § 80 Abs. 1, § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO zu verneinen und damit die Wirksamkeit einer die Zugehörigkeit des Verfügungsgegenstands zur Insolvenzmasse erst begründenden Verfügung zu bejahen sein.⁴⁸

b) Schutz der Insolvenzgläubiger gegen benachteiligende Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch

Vereitelt der Pflichtteilsanspruchs inhaber den Zugriff der Insolvenzgläubiger auf den Pflichtteilsanspruch dadurch, dass er diesen durch wirksame Verfügung der Insolvenzmasse entzieht, fragt sich, inwiefern zum Schutz der Insolvenzgläubiger dieser Benachteiligung entgegengetreten werden kann.

Hat der Pflichtteilsanspruchs inhaber vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens verfügt, kommt nach beiden Auffassungen zum Schutz der Insolvenzgläubiger nur und immerhin die Insolvenzanfechtung nach den §§ 129 ff. InsO in Betracht.⁴⁹ Unterschiede zwischen den beiden Ansichten ergeben sich, wenn der Pflichtteilsanspruchs inhaber nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über seinen Pflichtteilsanspruch verfügt: Geht man von der Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs schon vor Erfüllung der Voraussetzungen aus, braucht zum Schutz der Insolvenzgläubiger lediglich die Unwirksamkeit einer Verfügung über den dann insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch geltend gemacht zu werden. Rechnet man hingegen den Pflichtteilsanspruch mit der anderen Ansicht erst ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse, kann der dann wirksamen Verfügung über den Pflichtteilsanspruch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, ebenso wie bei vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgenden Verfügungen, nur mit der Insolvenzanfechtung begegnet werden.

3. Entscheidung

Ausgehend von der Prämisse, dass die Insolvenzgläubiger vor benachteiligenden Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch durch den Pflichtteilsanspruchs inhaber vor und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu schützen sind, wäre derjenigen Ansicht, welche den Pflichtteilsanspruch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse zählt, jedenfalls

⁴⁸ So im Ergebnis wohl auch *Lehmann*, die auf S. 131 die Annahme der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zumindest durch Abtretung des Pflichtteilsanspruchs ohne Widerspruch als allgemeine Meinung bezeichnet und auf S. 134 davon ausgeht, dass der Insolvenzschuldner ohne Übertragung der Rechtsprechung des BGH zur Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs auf das Insolvenzverfahren in seiner Verfügungsmacht nicht beschränkt wäre. A.A. im Rahmen der (Einzel-)Zwangsvollstreckung für den Fall, dass man das Inhibitorium erst ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO als wirksam ansehen wollte, *Bartels*, KTS 2003, 41 (46 f.).

⁴⁹ Zur Insolvenzanfechtung ausführlich unten unter § 9 (S. 247).

dann zu folgen, wenn diese Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs Voraussetzung für die Insolvenzanfechtung entsprechender Verfügungen wäre.⁵⁰

Aber auch wenn man die Insolvenzanfechtung von Verfügungen ohne vorherige Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse zulässt, bringt es entscheidende Vorteile mit sich, den Pflichtteilsanspruch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse zu zählen. Während nämlich nach dieser letzteren Ansicht der Pflichtteilsanspruchsinhaber nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens überhaupt nicht mehr wirksam über seinen Pflichtteilsanspruch verfügen kann, steht nach der Gegenansicht gegen eine nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgte Verfügung über den Pflichtteilsanspruch nur die Möglichkeit der Insolvenzanfechtung zu Gebote. Wie schon die Einzelgläubigeranfechtung⁵¹ ist auch die Insolvenzanfechtung einer Verfügung gegenüber der bloßen Geltendmachung der Unwirksamkeit der Verfügung mit zahlreichen Nachteilen verbunden. So ist die Insolvenzanfechtung vom Vorliegen eines Anfechtungsgrundes nach den § 130 – § 135 InsO abhängig, nur innerhalb der jeweiligen Anfechtungsfristen möglich und auf der Rechtsfolgenseite durch die Verweisungen auf das Bereicherungsrecht in § 143 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 InsO mit Einschränkungen verbunden. Die Durchsetzung des Insolvenzanfechtungsanspruchs aus § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO auf Rückgewähr zur Insolvenzmasse verlangt dem Insolvenzverwalter erhebliche Darlegungs- und Beweisanstrengungen ab. Diese Nachteile der Insolvenzanfechtung bleiben ihm erspart, wenn sich der Insolvenzverwalter bei einer nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgenden Verfügung über den Pflichtteilsanspruch darauf beschränken kann, deren Unwirksamkeit geltend zu machen.

Eine Parallele finden diese Erwägungen in der als Rückschlagsperre bezeichneten Vorschrift des § 88 InsO, welche ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Unwirksamkeit einer Sicherung anordnet, die ein Insolvenzgläubiger in der kritischen Zeit im Wege der Zwangsvollstreckung an dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögen des Insolvensschuldners erlangt hat.⁵² Fraglos unterfiele die Erlangung einer solchen Sicherheit ohne die Existenz des § 88 InsO der Insolvenzanfechtung.⁵³ Dennoch hat sich der Gesetzgeber mit § 88 InsO zu einer Verdinglichung der Anfechtungsfolgen in einem bestimmten Bereich entschieden. Der Vorteil und der wesentliche Zweck des § 88 InsO bestehen in den verfahrensmäßigen Erleichterungen, welche die *ipso iure* eintretende Unwirksam-

⁵⁰ So *Lehmann*, S. 135. Zur Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs als Voraussetzung der Insolvenzanfechtung ausführlich unten unter § 9.1.1.b) (S. 251).

⁵¹ Dazu oben unter § 4.IV.1. (S. 67).

⁵² Zu § 88 InsO auch unten unter § 9.1.3. (S. 257).

⁵³ Vgl. nur *Gruber*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Schwerpunktbeitrag 8 (Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Einzelzwangsvollstreckung) Rn. 31; *Wittkowski/Kruth*, in: Nerlich/Römermann, § 88 Rn. 2. Zur insolvenzrechtlichen Anfechtbarkeit von Zwangsvollstreckungshandlungen Dritter noch unten unter § 9.1.3. (S. 256).

keit der betreffenden Rechtshandlungen mit sich bringt.⁵⁴ Freilich besteht diese Erleichterung in den von § 88 InsO erfassten Fällen insbesondere darin, dass die automatisch eintretende Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckungshandlungen, die zur Sicherung geführt haben, von Amts wegen zu berücksichtigen ist und dass der Insolvenzverwalter den betreffenden Gegenstand der Insolvenzmasse im Interesse einer zügigen und ökonomischen Insolvenzabwicklung verwerten kann, ohne den Ausgang des sonst gebotenen Anfechtungsstreits abwarten zu müssen.⁵⁵ Auf die Erlangung einer Befriedigung hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 88 InsO nicht erstreckt, weil der automatische Eintritt der Unwirksamkeit dort zu weit ginge und ohnehin meist eine Klage auf Rückgewähr des Erlangten erforderlich ist.⁵⁶ Lässt sich somit diese auf die spezielle Situation der Erlangung einer Sicherheit bezogene Erwägung auf die hiesige Frage nach der Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht übertragen, so wird die durch § 88 InsO bewirkte verfahrensmäßige Erleichterung doch auch darin gesehen, dass der Insolvenzverwalter die Anfechtung nicht geltend machen und nicht in einem – oft kosten- und zeitaufwendigen⁵⁷ – Anfechtungsprozess die (subjektiven) Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestands darlegen und beweisen muss.⁵⁸ Insoweit deckt sich die gesetzgeberische Motivation zur Schaffung des § 88 InsO mit der hiesigen Begründung dafür, den Pflichtteilsanspruch bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse unabhängig davon zu zählen, ob die vorherige Insolvenzbefangenheit eines Gegenstands Voraussetzung für die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit von Verfügungen über diesen Gegenstand ist.

Die materiellen und prozessualen Vorteile beim Schutz der Insolvenzgläubiger gegenüber Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens sprechen folglich dafür, den Pflichtteilsanspruch bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse zu rechnen. Gleichzeitig wird so ein Gleichlauf zwischen (Einzel-)Zwangsvollstreckung und Insolvenz erreicht, der zwar, wie gezeigt,⁵⁹ dogmatisch nicht erforderlich wäre, im Interesse eines einheitlichen Verständnisses des § 852 Abs. 1 ZPO jedoch zu begrüßen ist.

⁵⁴ BAG, Urt. v. 24.10.2013 – 6 AZR 466/12, ZIP 2014, 91 (Rn. 32); BT-Drs. 12/2443, 137; Gruber, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Schwerpunktbeitrag 8 (Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Einzelzwangsvollstreckung) Rn. 31.

⁵⁵ Gruber, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Schwerpunktbeitrag 8 (Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Einzelzwangsvollstreckung) Rn. 39; Eckardt, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 88 Rn. 7 f.; Breuer, in: MünchKomm-InsO, § 88 Rn. 10.

⁵⁶ Gruber, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Schwerpunktbeitrag 8 (Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Einzelzwangsvollstreckung) Rn. 39; Eckardt, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 88 Rn. 7 f.

⁵⁷ Breuer, in: MünchKomm-InsO, § 88 Rn. 10.

⁵⁸ Mock, in: Uhlenbruck, § 88 Rn. 1.

⁵⁹ Oben unter § 7.III.1. (S. 169).

IV. Ergebnis

Die obigen Erwägungen rechtfertigen und gebieten es, die § 35 Abs. 1, § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO, § 852 Abs. 1 ZPO nicht einfach ihrem Wortlaut nach anzuwenden, sondern mit der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur die Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse zum Schutz der Insolvenzgläubiger vor sachlich nicht berechtigter Benachteiligung bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu bejahen. Unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO wird ein bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Pflichtteilsanspruchsinhabers bereits bestehender Pflichtteilsanspruch mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Bestandteil der Insolvenzmasse. Entsteht der Pflichtteilsanspruch erst während des laufenden Insolvenzverfahrens, zählt er ab seiner Entstehung zur Insolvenzmasse.⁶⁰ Dass der Pflichtteilsanspruch insolvenzbefangen ist, bedeutet allerdings noch nicht, dass er vom Insolvenzverwalter zugunsten der Insolvenzmasse auch verwertbar wäre. Vielmehr steht die Verwertung des zur Insolvenzmasse zählenden Pflichtteilsanspruchs unter der aufschiebenden Bedingung der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO.⁶¹

Freilich zieht diese frühe Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs Folgefragen nach sich. Insbesondere ist zu klären, wie bei bestehender Massezugehörigkeit die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt werden können. Die Sorge vor angeblich nötig werdenden „Manipulationen“ des Gesetzes, um eine Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber zu ermöglichen,⁶² erfordert aber kein Abrücken von der erzielten Lösung, den Pflichtteilsanspruch bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse zu rechnen. Den sich ergebenden Folgefragen ist nicht durch die Radikallösung der Nichtzurechnung des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse bis zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu begegnen; vielmehr ist erforderlichenfalls eine situationsadäquate und interessengerechte Lösung der sich stellenden praktischen Probleme durch sachgerechte Interpretation der einschlägigen Normen zu suchen.⁶³

⁶⁰ Zur Insolvenzmasse zählt ein nach Eröffnung und vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstehender Pflichtteilsanspruch nach § 300a Abs. 1 Satz 1 InsO nur dann nicht, wenn im Fall der Beantragung der Restschuldbefreiung im Zeitpunkt der Entstehung des Pflichtteilsanspruchs die sechsjährige Abtretungsfrist des § 287 Abs. 2 InsO bereits abgelaufen ist oder die Voraussetzungen für eine vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung nach § 300 Abs. 1 Satz 2 InsO erfüllt sind. Vgl. zu § 300a InsO noch unten unter § 8.III.1.b)bb) (S. 209).

⁶¹ BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, NJW 2011, 1448 (Rn. 9); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (180, 182); *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 12. Zur Verwertung durch den Insolvenzverwalter noch ausführlich unten unter § 8.IV. (S. 231).

⁶² *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (283 Fn. 57).

⁶³ So zur Frage der Massezugehörigkeit des unter Testamentsvollstreckung stehenden Nachlasses *Siegmann*, ZEV 2006, 408 (408).

§ 8 Rechtsfolgen der Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse

Nachdem vorstehend herausgearbeitet wurde, dass der Pflichtteilsanspruch bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse zu zählen ist, sind nun die Rechtsfolgen der Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs zu erörtern.

Am augenfälligsten ist die Rechtswirkung des § 80 Abs. 1 InsO: Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehen die Verwaltungs- und die Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen auf den Insolvenzverwalter über. Dem Insolvenzschuldner fehlt die Rechtsmacht, sein insolvenzbefangenes Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen. Dennoch erfolgende Verfügungen des Insolvenzschuldners über zur Insolvenzmasse gehörende Gegenstände sind nach § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO unwirksam.¹ Unberührt lässt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Befugnis des Schuldners, sich zu verpflichten. Allerdings wirken derartige Verpflichtungsgeschäfte des Schuldners dann nur gegen sein insolvenzfreies Vermögen, nicht aber gegen die Masse.²

I. Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO

Vor dem Hintergrund der dem Insolvenzschuldner mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens entzogenen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ist zu untersuchen, ob und inwiefern in Bezug auf den insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO noch herbeigeführt werden können.

1. Ausgangslage und Problematik

Außer Frage steht dabei aufgrund der Regelung des § 852 Abs. 1 ZPO, dass der Insolvenzverwalter von sich aus die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht bewirken darf und nicht bewirken kann. Zwar erlangt der Insolvenzverwalter nach § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch. Jedoch hat § 852 Abs. 1 ZPO eindeutig den Zweck, eine Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs ohne oder gegen den Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers zu verhindern; ihm allein soll die Entscheidung über die Geltendmachung vorbehalten

¹ Vgl. nur *Bork*, Rn. 140, 150, 163.

² *Mock*, in: *Uhlenbruck*, § 81 Rn. 3; *Ott/Vuia*, in: *MünchKomm-InsO*, § 81 Rn. 5; *Wittkowski/Kruth*, in: *Nerlich/Römermann*, § 81 Rn. 4. So zu § 7 KO BGH, Urt. v. 14.09.2001 – V ZR 231/00, BGHZ 149, 1 (Juris-Rn. 12 = S. 4 f.).

bleiben.³ Dieser Zweck würde konterkariert, wenn der Insolvenzverwalter ohne Mitwirkung des Pflichtteilsanspruchsinhabers die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bewirken und so die Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs für die Insolvenzmasse herbeiführen könnte. Dass § 852 Abs. 1 ZPO dem entgegensteht und dass dem Insolvenzverwalter vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber dergestalt die Hände gebunden sind, dass er den Pflichtteilsanspruch nicht selbst rechtshängig machen, ihn nicht durch Vertrag anerkennen und nicht über ihn verfügen kann, ist daher allgemein anerkannt.⁴

Auf der anderen Seite könnte eine Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber daran scheitern, dass ihm ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Pflichtteilsanspruch fehlt. Bisweilen wird deshalb davon ausgegangen, dass die wortlautgetreue Anwendung des Gesetzes zu einer Pattsituation führe, in welcher weder der Pflichtteilsanspruchsinhaber noch der Insolvenzverwalter die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bewirken könne.⁵

2. Vertretene Lösungen

Zur Lösung dieser – vermeintlichen⁶ – Pattsituation könnte einerseits versucht werden, mit Zustimmung des Pflichtteilsanspruchsinhabers eine Herbeiführung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO durch den Insolvenzverwalter zu ermöglichen.⁷ So wird es unter der Annahme, dass der Pflichtteilsanspruch bis zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht zur Insolvenzmasse, sondern zum insolvenzfreien Vermögen des Insolvenzschuldners gehört, für zulässig und zur Herbeiführung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ausreichend erachtet, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber den Insolvenzverwalter zur Einziehung und Prozessführung ermächtigt und der Insolvenzverwalter auf dieser Grundlage den Pflichtteilsanspruch einklagt. Die Befugnisse des Insolvenzverwalters beruhen dabei zunächst auf Rechtsgeschäft bzw. Prozess-

³ Vgl. oben unter § 4.II. (S. 61).

⁴ BGH, Beschl. v. 18.12.2008 – IX ZB 249/07, NJW-RR 2009, 632 (Rn. 14); BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, NJW-RR 2010, 121 (Rn. 8); OLG Brandenburg, Beschl. v. 31.08.1998 – 10 W 44/97, FamRZ 1999, 1436 (Juris-Rn. 6 = S. 1436); *Floeth*, FamRZ 2010, 460 (461); *Floeth*, FamRZ 2011, 1399 (1400); *Ivo*, ZErB 2003, 250 (254); *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (126); *Hannich*, S. 171; *Lehmann*, S. 139; *Gottwald*, Pflichtteilsrecht, Teil II § 2317 Rn. 40; *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 152; *Schumann*, in: MünchKomm-InsO, § 83 Rn. 16.

⁵ *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1772); *Messner*, FS Runkel, 431 (438); *Lehmann*, S. 139.

⁶ Dazu sogleich unter § 8.I.3. (S. 179).

⁷ In diese Richtung wohl *Keller*, in: Krefit, § 36 Rn. 41; *Kuleisa*, in: FK-InsO, § 83 Rn. 8. Vgl. auch *Leipold*, FS Gaul, 367 (369). Eine Bevollmächtigung des Insolvenzverwalters durch den Insolvenzschuldner zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs für möglich haltend *Busch*, ZVI 2011, 77 (81).

handlung und ab Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs dann auf Gesetz.⁸ Auch der Bundesgerichtshof hat in einer neueren Entscheidung die Befugnis des Pflichtteilsanspruchsinhabers anerkannt, den Insolvenzverwalter zur Geltendmachung und zur Einziehung eines insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs zu ermächtigen.⁹

Andererseits könnte versucht werden, trotz der Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs eine Herbeiführung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber zu ermöglichen. Diesen Weg geht der Großteil der Literatur.¹⁰ Nicht gemeint ist hiermit die Freigabe des insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs durch den Insolvenzverwalter in das insolvenzfreie Vermögen.¹¹ Zwar könnte der Pflichtteilsanspruchsinhaber dann ohne Weiteres die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO herbeiführen, jedoch stünde der dann an sich verwertbare Pflichtteilsanspruch aufgrund der Freigabe nicht mehr zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger zur Verfügung. Erwägenswert ist jedoch eine Ermächtigung des Schuldners durch den Insolvenzverwalter zur gerichtlichen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs im eigenen Namen (des Schuldners) mit Wirkung für die Insolvenzmasse. Eine solche gewillkürte Prozessstandschaft ist durchaus denkbar und zulässig,¹² zumal das generelle Interesse des Insolvenzschuldners an der Beibehaltung seiner Forderungen und an der möglichst weitreichenden Begleichung seiner Verbindlichkeiten für das Erfordernis eines schutzwürdigen Interesses bei gewillkürter Prozessstandschaft ausreicht.¹³ Überwiegend wird aber zur Ermöglichung der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber einer Einschränkung der Wirkungen des Insolvenzbeschlags dahingehend das Wort geredet, dass die Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse zwar einer Verfügung über den Pflichtteilsanspruch, nicht aber einer Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag sowie einem Rechtshängigmachen des Pflichtteilsanspruchs durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber als Insolvenzschuldner entgegenstehe.¹⁴

⁸ *Leipold*, FS Gaul, 367 (369); *Windel*, KTS 1995, 367 (384).

⁹ BGH, Beschl. v. 11.06.2015 – IX ZB 18/13, ZIP 2015, 1595 (Rn. 9); zustimmend *Keller*, EWiR 2015, 647 (648).

¹⁰ Etwa *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (182); *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1772); *Messner*, ZVI 2004, 433 (439); *Hannich*, S. 171; *Lange/Kuchinke*, § 37 VIII 2 c; *Herzog*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 152; *Lange*, in: *MünchKomm-BGB*, § 2317 Rn. 27; *Schumann*, in: *MünchKomm-InsO*, § 83 Rn. 16.

¹¹ Vgl. zur Freigabe von Gegenständen aus der Insolvenzmasse etwa *Becker*, Rn. 407; *Bork*, Rn. 149; *Häsemeyer*, Rn. 13.14 f.; *Lüke*, in: *KPB*, 37. Lfg. 9/09 § 80 Rn. 59; *Ott/Vuia*, in: *MünchKomm-InsO*, § 80 Rn. 83.

¹² Vgl. *Leipold*, FS Gaul, 367 (369 f.).

¹³ Vgl. etwa BAG, Urt. v. 19.02.2014 – 5 AZR 1047/12, NZA 2014, 1658 (Rn. 21, 23); *Lüke*, in: *KPB*, 37. Lfg. 9/09 § 80 Rn. 58.

¹⁴ *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (182); *Ivo*, ZErB 2003, 250 (254); *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (126); *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1772); *Messner*, ZVI 2004, 433 (439); *Leh-*

3. Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO im Detail

Eine Entscheidung zwischen den vertretenen Lösungsansätzen erübrigt sich, wenn sich die Problematik der Pattsituation bei näherer Betrachtung der einzelnen Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO auflöst oder zumindest erheblich entschärft. Für die einzelnen Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ist daher jeweils zu untersuchen, inwiefern die Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs ihrer Erfüllung entgegensteht. Da dies für die Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag und für die der Anerkennung durch Vertrag gleichgestellte¹⁵ Verfügung über den Pflichtteilsanspruch leichter zu beurteilen ist, sollen diese Tatbestandsmerkmale des § 852 Abs. 1 ZPO, der gesetzlichen Reihenfolge entsprechend, vor der Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs erörtert werden.

a) Anerkennung durch Vertrag

Es wurde bereits herausgearbeitet,¹⁶ dass es zur Erfüllung des Merkmals der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag eines formlos möglichen, auf Feststellung des Pflichtteilsanspruchs, also auf ein Einverständnis über dessen Bestehen, zielenden zweiseitigen Vertrags zwischen dem Pflichtteilsanspruchsinhaber und dem Pflichtteilsanspruchsschuldner bedarf. Eine solche Anerkennung durch Vertrag hat allein schuldrechtliche Wirkungen und keinen verfügbaren Charakter. Auch wenn in einem solchen Vertrag der Pflichtteilsanspruchsschuldner im Sinne eines kausalen, deklaratorischen Schuldanerkenntnisses auf Einreden gegen den Pflichtteilsanspruch verzichtet, ist auch ein solcher – der Insolvenzmasse ohnehin günstiger – Verzicht nur schuldrechtlicher Natur und enthält jedenfalls keine Verfügung über den bestehenden Pflichtteilsanspruch.¹⁷ Zum Abschluss schuldrechtlicher Verträge ist der Pflichtteilsanspruchsschuldner auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohne Weiteres befugt. Freilich kann er sich nur noch in Bezug auf sein insolvenzfreies Vermögen verpflichten und keine Verbindlichkeiten mit Wirkung gegen die Insolvenzmasse mehr eingehen.¹⁸ Der Abschluss eines das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs anerkennenden Vertrags steht ihm aber ungeachtet der Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs offen. Dies gilt selbstverständlich auch für das nur teilweise Anerkenntnis des Pflichtteilsanspruchs.¹⁹ Auf die Möglichkeit des Pflichtteilsan-

mann, S. 139 f.; Hannich, S. 171; Gottwald, Pflichtteilsrecht, Teil II § 2317 Rn. 40. Kritisch dazu Windel, KTS 1995, 367 (383 f.).

¹⁵ Vgl. oben unter § 4.V.2.b) (S. 107).

¹⁶ Oben unter § 4.V.2.a)cc) (S. 106).

¹⁷ Vgl. Bork, in: jurisPK-BGB, § 780 Rn. 1, § 781 Rn. 1; Gehrlein, in: BeckOK-BGB, § 781 Rn. 10; Marburger, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 781 Rn. 8, 1f ff.

¹⁸ Mock, in: Uhlenbruck, § 81 Rn. 3; Ott/Vuia, in: MünchKomm-InsO, § 81 Rn. 5; Wittkowski/Kruth, in: Nerlich/Römermann, § 81 Rn. 4; so zu § 7 KO BGH, Urt. v. 14.09.2001 – V ZR 231/00, BGHZ 149, 1 (Juris-Rn. 12 = S. 4 f.).

¹⁹ Vgl. zu dieser Möglichkeit oben unter § 4.V.3.b) (S. 114).

spruchsinhabers, im Wege der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu bewirken, ist die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen und die damit einhergehende Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse somit ohne Auswirkung.²⁰

b) Verfügung

Dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber nach Verlust seiner Verfügungsbefugnis aufgrund des Insolvenzbeschlags des Pflichtteilsanspruchs nach § 80 Abs. 1 InsO über diesen nicht mehr wirksam verfügen kann, steht außer Frage.²¹ In der Tat sind nach § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO sämtliche Verfügungen des Insolvenzschuldners im materiell-rechtlichen Sinn über Gegenstände der Insolvenzmasse, also Einwirkungen auf ein bestehendes Recht durch Übertragung, Belastung, Aufhebung oder sonstige Veränderung im Bestand,²² unwirksam. So zieht die Massezugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO die eigentümliche, aber zwangsläufige Folge nach sich, dass unter diesen Umständen über den Pflichtteilsanspruch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO weder der Pflichtteilsanspruchsinhaber noch der Insolvenzverwalter wirksam verfügen kann.²³

Indessen ist, wie ausgeführt,²⁴ die Wirksamkeit einer Verfügung über den Pflichtteilsanspruch nicht zwingende Voraussetzung dafür, dass die Verfügung einer Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag gleichzusetzen und als Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu werten ist. Stehen dem Pflichtteilsanspruchsinhaber bei Vornahme der Verfügung das Fehlen seiner Verfügungsbefugnis und die daraus resultierende Unwirksamkeit der Verfügung nicht ausnahmsweise derart klar vor Augen, dass sein Verfügungsversuch nicht mehr als ernsthafte Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gesehen werden kann, dann erfüllt also auch eine unwirksame Verfügung über den insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO, sodass mit der Verfügung die Verwertungsbeschränkung des § 852 Abs. 1 ZPO entfällt und der Insolvenzverwalter den Pflichtteilsanspruch jetzt als gewöhnlichen Massebestandteil verwerten kann.

²⁰ So zur GesO OLG Brandenburg, Beschl. v. 31.08.1998 – 10 W 44/97, FamRZ 1999, 1436 (Juris-Rn. 6 = S. 1436). So unter der Annahme, dass der Pflichtteilsanspruch erst mit Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO Bestandteil der Insolvenzmasse werde, *Leipold*, FS Gaul, 367 (369).

²¹ Vgl. etwa *Ivo*, ZErB 2003, 250 (254). So für die mit einem Vergleich über den Pflichtteilsanspruch verbundene Verfügung noch unter Geltung der KO *Klump*, ZEV 1998, 123 (126).

²² *Ott/Vuia*, in: MünchKomm-InsO, § 81 Rn. 4.

²³ *Bartels*, KTS 2003, 41 (47).

²⁴ Oben unter § 4.V.2.b)cc) (S. 112).

c) Rechtshängigkeit

Möchte der Pflichtteilsanspruchs inhaber die Verwertung seines insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs zugunsten der Insolvenzmasse ermöglichen, stellt die Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag mit dem Pflichtteilsanspruchsschuldner den einfachsten Weg dar. Dieser Weg ist aber versperrt, wenn der Pflichtteilsanspruchsschuldner seine Mitwirkung versagt. Damit ist die Frage von Gewicht, ob der Pflichtteilsanspruchsinhaber seinen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch trotz mangelnder Verfügungsbefugnis rechtshängig machen kann.

aa) Voraussetzungen der Rechtshängigkeit

Wie ausgeführt,²⁵ ist ein Pflichtteilsanspruch im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO rechtshängig geworden, wenn Rechtshängigkeit gemäß deren Definition in § 261 Abs. 1 ZPO eingetreten ist, die Klage also erhoben ist.²⁶ Erhoben ist die Klage nach § 253 Abs. 1 ZPO mit Zustellung der Klageschrift, die nach § 253 Abs. 2 ZPO zwingend die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts, die bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten muss. Außerdem muss die Klageschrift nach § 253 Abs. 4, § 130 Nr. 6 ZPO eigenhändig unterschrieben sein. Eine bei Gericht eingegangene Klageschrift ist nach § 271 Abs. 1 ZPO unverzüglich zuzustellen, sofern es nicht an dem nach § 12 Abs. 1 GKG erforderlichen Vorschuss oder an den aufgeführten formellen Mindestvoraussetzungen für eine wirksame Klageeinreichung fehlt.²⁷ Sind die Voraussetzungen einer wirksamen Klageeinreichung nicht erfüllt, hat die Zustellung zu unterbleiben.²⁸ Wird die Klage trotzdem zugestellt, tritt allein aufgrund der Zustellung Rechtshängigkeit im Sinne des § 261 Abs. 1 ZPO mit ihren prozessualen Wirkungen ein; zu verneinen ist die Rechtshängigkeit dann nur im Sinne der auf die Rechtshängigkeit Bezug nehmenden Normen des materiellen Rechts, da diese eine wirksame Klageeinreichung voraussetzen.²⁹ Inwieweit sonstige Mängel der Klage die materiell-rechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit verhindern, ist jeweils nach der Art des Mangels und der betroffenen Norm des materiellen Rechts (vgl. § 261 Satz 1 ZPO) zu beurteilen.³⁰

Anerkanntermaßen tritt Rechtshängigkeit im Sinne des § 261 Abs. 1 ZPO völlig unabhängig von der Zulässigkeit und der Begründetheit der Klage ein;

²⁵ Oben unter § 4.V.1. (S. 93).

²⁶ Vgl. nur *Schumann*, FS Lücke, 767 (774, 790).

²⁷ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 95 Rn. 4–6; *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 271 Rn. 14; *Bacher*, in: *BeckOK-ZPO*, § 271 Rn. 4; *Becker-Eberhard*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 271 Rn. 9–15; *Foerste*, in: *Musielak/Voit*, § 271 Rn. 2.

²⁸ *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 253 Rn. 174.

²⁹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 95 Rn. 51; *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 253 Rn. 175.

³⁰ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 98 Rn. 39; *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 261 Rn. 16.

das Nichtvorliegen von Sachurteilsvoraussetzungen steht der Rechtshängigkeit nicht entgegen.³¹ Dies gilt neben den prozessualen auch für die materiell-rechtlichen Wirkungen³² der Rechtshängigkeit.³³ So scheidet der Eintritt der Rechtshängigkeit etwa auch nicht an der Unzuständigkeit des Gerichts in sachlicher oder örtlicher Hinsicht, am Fehlen der Partei- oder Prozessfähigkeit des Klägers,³⁴ am Fehlen der Vertretungsmacht bei Klageerhebung durch einen Stellvertreter³⁵ oder am Fehlen des für die Zulässigkeit der Prozessstandschaft erforderlichen Rechtsschutzinteresses des Prozessstandschafters^{36, 37}. Dementsprechend hat auch die Zustellung der Klage nach § 271 Abs. 1 ZPO unabhängig vom Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen zu erfolgen, also etwa auch bei fehlender Partei- oder Prozessfähigkeit des Klägers oder anderweitig evidenter Unzulässigkeit der Klage.³⁸

bb) Rechtshängigmachen trotz Insolvenzbefangenheit

Die Anwendung der so verstandenen Definition der Rechtshängigkeit in § 261 Abs. 1 ZPO auf Insolvenzfälle führt zu dem Ergebnis, dass der Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners nach § 80 Abs. 1 InsO der Herbeiführung der Rechtshängigkeit nicht entgegensteht, so dass der Insolvenzschuldner auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen insolvenzbefangenen Anspruch noch rechtshängig machen kann.³⁹

³¹ BGH, Urt. v. 19.09.1967 – VI ZR 82/66, NJW 1967, 2304 (Juris-Rn. 8 = S. 2304); BGH, Urt. v. 04.10.1977 – VI ZR 5/74, BGHZ 69, 323 (Juris-Rn. 8 = S. 325 f.); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 96 Rn. 11; *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 261 Rn. 16, 27; *Bacher*, in: *BeckOK-ZPO*, § 261 Rn. 6; *Becker-Eberhard*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 261 Rn. 18–24; *Foerste*, in: *Musielak/Voit*, § 261 Rn. 2; *H. Roth*, in: *Stein/Jonas*, § 261 Rn. 17, § 262 Rn. 10; *Saenger*, in: *Saenger*, § 261 Rn. 3.

³² Speziell für die rechtsvermehrenden Wirkungen der Rechtshängigkeit, wie etwa die verschärfte Haftung nach § 818 Abs. 4 BGB oder nach § 989 BGB sowie die gesetzliche Verzinsung nach § 291 BGB, *Althammer*, NJW 2011, 2172 (2175); *Becker-Eberhard*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 262 Rn. 3.

³³ *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 262 Rn. 5; *Becker-Eberhard*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 262 Rn. 3; *Baumbach/Hartmann*, § 261 Rn. 12.

³⁴ BGH, Beschl. v. 04.03.1993 – V ZB 5/93, BGHZ 121, 397 (Juris-Rn. 10 = S. 399).

³⁵ BGH, Urt. v. 19.09.1967 – VI ZR 82/66, NJW 1967, 2304 (Juris-Rn. 8 = S. 2304); BGH, Urt. v. 04.10.1977 – VI ZR 5/74, BGHZ 69, 323 (Juris-Rn. 8 = S. 325 f.); BGH, Urt. v. 26.06.1984 – VI ZR 206/82, NJW 1984, 2348 (Juris-Rn. 5 = S. 2348); BGH, Urt. v. 22.10.1985 – VI ZR 206/84, NJW 1986, 1039 (Juris-Rn. 7 = S. 1040); *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 261 Rn. 29.

³⁶ Dazu *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 98 Rn. 11; *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 262 Rn. 19; *Becker-Eberhard*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 261 Rn. 24, § 262 Rn. 3.

³⁷ *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 261 Rn. 28.

³⁸ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 95 Rn. 7; *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 271 Rn. 31; *Becker-Eberhard*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 271 Rn. 15; *Foerste*, in: *Musielak/Voit*, § 271 Rn. 3.

³⁹ Dies *obiter* anerkennend auch BGH, Beschl. v. 07.04.2016 – IX ZB 69/15, ZIP 2016, 1078 (Rn. 12). Nicht nachzuvollziehen ist bei dieser Entscheidung die – nicht entscheidungstragen-

Diese Folge ergibt sich auch aus der insolvenzrechtlichen Rechtsprechung und Literatur. So ist anerkannt, dass eine gegen den Insolvenzschuldner gerichtete Klage diesem unabhängig davon zuzustellen ist, ob vor oder nach Einreichung der Klage das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet worden ist. Die Zustellung an den Insolvenzschuldner auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist wirksam und begründet die Rechtshängigkeit der Klage. Sofern ein insolvenzbefangener Gegenstand betroffen ist, fehlt dem Insolvenzschuldner freilich die Verfügungs- und infolgedessen die passive Prozessführungsbefugnis, sodass die – rechtshängig gewordene⁴⁰ – Klage gegen ihn als unzulässig abzuweisen ist.⁴¹ Dies gilt spiegelbildlich für eine vom Insolvenzschuldner in Bezug auf einen insolvenzbefangenen Gegenstand erhobene Klage. Mangels aktiver Prozessführungsbefugnis aufgrund des Fehlens der Verfügungsbefugnis ist eine solche Klage unzulässig und abzuweisen,⁴² begründet aber trotzdem die Rechtshängigkeit.⁴³ Eine vom Insolvenzschuldner noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingereichte Klage ist dem Beklagten auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch zuzustellen und sodann wegen Unzulässigkeit abzuweisen.⁴⁴ Wenn eine Klage aber als unzulässig abgewiesen wird, muss sie zuvor rechtshängig im Sinne des § 261 Abs. 1 ZPO geworden sein.

Dem steht auch nicht entgegen, dass § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO nach der herrschenden Auffassung analog anzuwenden ist auf sonstige Rechtshandlungen des Schuldners, welche die Masse schmälern oder in die Insolvenzverwaltung eingreifen können, und damit auch auf Prozesshandlungen wie Geständnis, Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich, Klagerücknahme oder Rechtsmittelrücknahme,⁴⁵ wobei es unerheblich ist, ob die betreffende Handlung für die Insolvenzmasse nachteilig oder vorteilhaft ist.⁴⁶ Bei näherem Hinsehen ist dabei nämlich zwi-

de – Sachverhaltsschilderung, dass der Insolvenzschuldner nach Rechtshängigmachen seines insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs noch einen Vergleich über diesen schließen konnte. Hierzu fehlte ihm richtigerweise die erforderliche Verfügungsbefugnis, vgl. unten unter § 8.II.4. (S. 204).

⁴⁰ *Lüke*, in: KPB, 39. Lfg. 2/10 § 85 Rn. 21.

⁴¹ BGH, Beschl. v. 11.12.2008 – IX ZB 232/08, ZIP 2009, 240 (Rn. 7); *Latka*, ZInsO 2007, 134 (136); *Kuleisa*, in: HambKomm-InsR, Vorb. zu §§ 85 bis 87 Rn. 10; *Ott/Vuia*, in: MünchKomm-InsO, § 80 Rn. 77; *Schumacher*, in: MünchKomm-InsO, Vorb. vor §§ 85 bis 87 Rn. 42; *Windel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 85 Rn. 4 f.

⁴² OLG Frankfurt, Urt. v. 07.06.2006 – 7 U 175/05, bei Juris (Juris-Rn. 26); *Ott/Vuia*, in: MünchKomm-InsO, § 80 Rn. 83.

⁴³ *Windel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 81 Rn. 24.

⁴⁴ OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 02.09.2004 – 5 W 4/04, ZInsO 2004, 1086 (Juris-Rn. 3 = S. 1086); *Mock*, in: Uhlenbruck, § 85 Rn. 6; *Schumacher*, in: MünchKomm-InsO, Vorb. vor §§ 85 bis 87 Rn. 43.

⁴⁵ *Jauernig/Berger*, § 40 Rn. 22; *Eickmann*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 31 Rn. 3; *Kroth*, in: Braun, § 81 Rn. 2 f.; *Mock*, in: Uhlenbruck, § 81 Rn. 7; *Ott/Vuia*, in: MünchKomm-InsO, § 81 Rn. 5; *Smid*, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, § 81 Rn. 4; *Windel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 81 Rn. 5; *Wittkowski/Kruth*, in: Nerlich/Römermann, § 81 Rn. 3.

⁴⁶ *Ott/Vuia*, in: MünchKomm-InsO, § 81 Rn. 5.

schen Bewirkungshandlungen, die unmittelbare prozessuale Wirkungen haben, und Erwirkungshandlungen, die das Gericht lediglich zu einer bestimmten Entscheidung veranlassen sollen, zu unterscheiden.⁴⁷ Massebezogene Bewirkungshandlungen wie etwa die Rücknahme der Klage in einem vom Insolvenzverwalter für die Insolvenzmasse geführten Prozess haben unmittelbar verfügenden Charakter. Bei ihnen ist es gerechtfertigt, § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO analog mit der Folge zur Anwendung zu bringen, dass Bewirkungshandlungen absolut unwirksam sind.⁴⁸ Auf Erwirkungshandlungen braucht § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO hingegen nicht analog angewandt zu werden, da es mit der Prozessführungsbefugnis des Insolvenzschuldners bereits an einer für den Erfolg einer Erwirkungshandlung erforderlichen Sachurteilsvoraussetzung fehlt. Erwirkungshandlungen sind damit zwar unzulässig und können keinen Erfolg haben; sie sind aber, da die Prozessführungsbefugnis keine Prozesshandlungsvoraussetzung ist,⁴⁹ nicht unwirksam.⁵⁰ Ausdrücklich wird eine vom Insolvenzschuldner in Bezug auf einen insolvenzbefangenen Gegenstand erhobene Klage daher als zwar unzulässig, aber wirksam erhoben erachtet.⁵¹ Ebenso impliziert die Verwerfung einer Verfassungsbeschwerde, welche der Insolvenzschuldner hinsichtlich eines zur Insolvenzmasse gehörenden Gegenstands erhoben hat, wegen Unzulässigkeit⁵² deren wirksame Erhebung.

cc) Kein Widerspruch zu § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB

Es fragt sich freilich, ob es nicht in Widerspruch zur weit verbreiteten Auslegung des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB steht, wenn man das Rechtshängigmachen eines insolvenzbefangenen Anspruchs durch den Insolvenzschuldner für möglich erachtet.

Nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB wird die Verjährung gehemmt durch die Erhebung der Klage auf Leistung oder auf Feststellung des Anspruchs, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlass des Vollstreckungsurteils. Die Zulässigkeit der Klage ist hierfür grundsätzlich nicht erforderlich.⁵³ Allerdings musste nach der Vorgängervorschrift § 209 Abs. 1 BGB a.F. zur Unterbrechung der

⁴⁷ Vgl. zu dieser Unterscheidung *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 64 Rn. 1–20.

⁴⁸ *Lüke*, in: KPB, 37. Lfg. 9/09, § 81 Rn. 16; *Windel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 81 Rn. 24.

⁴⁹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 46 Rn. 46; *Windel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 81 Rn. 24.

⁵⁰ *Lüke*, in: KPB, 37. Lfg. 9/09, § 81 Rn. 16; *Windel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 81 Rn. 24. Zumindest missverständlich *Ott/Vuia*, in: MünchKomm-InsO, § 81 Rn. 6, die Erwirkungshandlungen bereits mangels Prozessführungsbefugnis für „unwirksam“ halten. Unverständlich, warum *Hess*, § 81 Rn. 14 „Prozesshandlungen, bei denen es sich um Erwirkungshandlungen handelt“, zu den Verfügungen im Sinne des § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO zählen möchte.

⁵¹ *Windel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 81 Rn. 24.

⁵² So zu § 6 KO BVerfG, Beschl. v. 18.07.1979 – 1 BvR 655/79, BVerfGE 51, 405 (Juris-Rn. 7, 14 = S. 407, 408 f.).

⁵³ BGH, Urt. v. 28.09.2004 – IX ZR 155/03, BGHZ 160, 259 (Juris-Rn. 12 = S. 262 f.); BGH, Urt. v. 06.12.2007 – IX ZR 143/06, BGHZ 175, 1 (Rn. 25); BGH, Urt. v. 09.12.2010 – III ZR 56/10, NJW 2011, 2193 (Rn. 13 f.); *Althammer*, NJW 2011, 2172 (2174); *Kähler*, NJW 2006,

Verjährung „der Berechtigte“ Klage erheben. Ganz überwiegend⁵⁴ gehen Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass mit dem Entfallen dieses Zusatzes im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung keine inhaltliche Änderung verbunden sein sollte und dass folglich auch heute – aufgrund einer teleologischen Reduktion des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB⁵⁵ – nur eine Klage des materiell Berechtigten verjährungshemmende Wirkung hat.⁵⁶ Der Klage des Berechtigten wird eine Klage in gesetzlicher oder gewillkürter Prozessstandschaft für den Berechtigten gleichgestellt.⁵⁷ Materiell Berechtigter ist, wer über den Anspruch materiell-rechtlich Verfügungsbefugt ist,⁵⁸ regelmäßig also der Anspruchsinhaber. Mangels materiell-rechtlicher Verfügungsbefugnis ausnahmsweise nicht Berechtigter ist der Anspruchsinhaber im Fall der Nachlassverwaltung⁵⁹ oder der Insolvenz⁶⁰; dann ist nur der Nachlass- oder Insolvenzverwalter materiell-rechtlich Verfügungsbefugt und damit Berechtigter.⁶¹ Neben der Verfügungsbefugnis verleiht auch eine Einziehungsermächtigung die nötige materiell-rechtliche Berechtigung.⁶²

Nach diesem Verständnis des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB hat eine vom Pflichtteilsanspruchsinhaber nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu seinem insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch erhobene (Leistungs- oder Feststellungs-) Klage keine verjährungshemmende Wirkung. Dies steht aber nicht in Widerspruch dazu, einer solchen Klage doch die Wirkung der Begründung von Rechtshängigkeit im Sinne des § 261 Abs. 1 ZPO und damit des § 852 Abs. 1 ZPO zuzuerkennen. Zum einen spricht § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB ja gar nicht von der

1769 (1771); *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 262 Rn. 6; *Peters/Jacoby*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2014, § 204 Rn. 24.

⁵⁴ A.A. *Kähler*, NJW 2006, 1769 (1771 f.).

⁵⁵ *Althammer*, NJW 2011, 2172 (2173). Vgl. auch *Kähler*, NJW 2006, 1769 (1770).

⁵⁶ BGH, Urt. v. 29.10.2009 – I ZR 191/07, NJW 2010, 2270 (Rn. 38); BGH, Urt. v. 09.12.2010 – III ZR 56/10, NJW 2011, 2193 (Rn. 9); *Rabe*, NJW 2006, 3089 (3089 f.); *Peters/Jacoby*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2014, § 204 Rn. 6.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 03.07.1980 – IVa ZR 38/80, BGHZ 78, 1 (Juris-Rn. 13 = S. 3 f.); BGH, Urt. v. 16.09.1999 – VII ZR 385/98, NJW 1999, 3707 (Juris-Rn. 6 = S. 3707); BGH, Urt. v. 29.10.2009 – I ZR 191/07, NJW 2010, 2270 (Rn. 38); BGH, Urt. v. 09.12.2010 – III ZR 56/10, NJW 2011, 2193 (Rn. 10).

⁵⁸ BGH, Urt. v. 09.11.1966 – V ZR 176/63, BGHZ 46, 221 (Juris-Rn. 15 = S. 228–230); BGH, Urt. v. 03.07.1980 – IVa ZR 38/80, BGHZ 78, 1 (Juris-Rn. 13 = S. 3 f.); BGH, Urt. v. 09.12.2010 – III ZR 56/10, NJW 2011, 2193 (Rn. 10); *Althammer*, NJW 2011, 2172 (2173); *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 262 Rn. 19.

⁵⁹ BGH, Urt. v. 09.11.1966 – V ZR 176/63, BGHZ 46, 221 (Juris-Rn. 15 = S. 228–230).

⁶⁰ BGH, Urt. v. 24.06.1965 – III ZR 219/63, WM 1965, 1054 (Juris-Rn. 59 = S. 1056); BGH, Urt. v. 09.12.2010 – III ZR 56/10, NJW 2011, 2193 (Rn. 5).

⁶¹ Für beide Fälle BGH, Urt. v. 09.12.2010 – III ZR 56/10, NJW 2011, 2193 (Rn. 10); *Peters/Jacoby*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2014, § 204 Rn. 8.

⁶² BGH, Urt. v. 03.07.1980 – IVa ZR 38/80, BGHZ 78, 1 (Juris-Rn. 16–20 = S. 4–6); BGH, Urt. v. 23.03.1999 – VI ZR 101/98, NJW 1999, 2110 (Juris-Rn. 8 = S. 2111); BGH, Urt. v. 09.12.2010 – III ZR 56/10, NJW 2011, 2193 (Rn. 10); *Althammer*, NJW 2011, 2172 (2174 Fn. 28).

Rechtshängigkeit, sondern lediglich von der Erhebung der Klage. Und zum anderen kann, selbst wenn man die Erhebung der Klage mit der Rechtshängigkeit gleichsetzt,⁶³ derselbe Rechtsbegriff in verschiedenen Zusammenhängen sogar in demselben Gesetz unterschiedliche Bedeutungen haben (Relativität eines Rechtsbegriffs). Im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsordnung ist zwar eine einheitliche Begriffsinterpretation vorzugswürdig; Sinn und Zweck der jeweiligen Verwendung können aber die Notwendigkeit eines unterschiedlichen Verständnisses nach sich ziehen.⁶⁴ Das gilt insbesondere für den Begriff der Rechtshängigkeit, an den das BGB und die ZPO in unterschiedlichen Zusammenhängen verschiedenartige Rechtsfolgen knüpfen.⁶⁵ Insofern mag es im Rahmen des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gerechtfertigt sein, zum Schutz des Beklagten die Hemmung der Verjährung nur bei einer Klage des Berechtigten eintreten zu lassen.⁶⁶ Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb solch ein Vorgehen auch im Rahmen der Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs erforderlich sein sollte. Vielmehr besteht in der Sache doch weitgehende Einigkeit, dass dem Pflichtteilsanspruchsinhaber die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch möglich sein muss.⁶⁷ Besondere Nachteile hat der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs nicht zu gewärtigen. Im Übrigen ist es nicht ungewöhnlich, dass eine Klage die Rechtshängigkeit des Anspruchs herbeiführt, ohne zugleich seine Verjährung zu hemmen. Dies ist etwa auch bei der negativen Feststellungsklage, der Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) oder der Klage gegen die Vollstreckungsklausel (§ 768 ZPO) der Fall.⁶⁸

dd) Kein Widerspruch zur Rechtsprechung zu § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.

Ein anderes Ergebnis folgt auch nicht aus einem Vergleich mit der früheren Vorschrift des § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F., nach welcher die Übertragbarkeit und Vererbbarkeit der dort geregelten Ansprüche auf Ersatz eines immateriellen Schadens davon abhing, ob der Anspruch durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden war.⁶⁹ Zwar hatte die höchstrichterliche Rechtsprechung für die Rechtshängigkeit nach § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. zunächst allein auf die prozessuale Rechtshängigkeit im Sinne des § 261 Abs. 1 ZPO abgestellt,⁷⁰ später hat sie diese Ansicht jedoch ausdrücklich aufgegeben und neben der Rechtshängigkeit nach § 261 Abs. 1 ZPO in einschränkender Auslegung des § 847

⁶³ Schumann, FS Lücke, 767 (774).

⁶⁴ Schumann, FS Lücke, 767 (769–774).

⁶⁵ Schumann, FS Lücke, 767 (774–789).

⁶⁶ So Althammer, NJW 2011, 2172 (2174).

⁶⁷ Vgl. oben unter § 8.1.2. (S. 177).

⁶⁸ H. Roth, in: Stein/Jonas, § 256 Rn. 80 und § 262 Rn. 12. Vgl. auch Assmann, in: Wieczorek/Schütze, § 262 Rn. 14, 17.

⁶⁹ Vgl. zu dieser Vorschrift oben unter § 4.V. (S. 91).

⁷⁰ BGH, Urt. v. 19.09.1967 – VI ZR 82/66, NJW 1967, 2304 (Juris-Rn. 10–16 = S. 2304 f.).

Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. zudem eine eigene Erklärung des Geschädigten gefordert, den Anspruch im konkreten Fall geltend machen zu wollen.⁷¹ Dies sei erforderlich, um dem Sinn und Zweck der Vorschrift entsprechend die Abhängigkeit der Vererbbarkeit des Schadensersatzanspruchs von einer persönlichen Willensbekundung des Geschädigten zu wahren.⁷² Damit ist die in § 852 Abs. 1 ZPO geregelte Situation nicht vergleichbar. Der Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO, die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs zu schützen,⁷³ ist ohne Weiteres auch dann gewahrt, wenn man die Möglichkeit des Pflichtteilsanspruchsinhabers anerkennt, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen seinen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch rechtshängig zu machen. Einer einschränkenden Auslegung des in § 852 Abs. 1 ZPO verwendeten Begriffs der Rechtshängigkeit bedarf es nicht.

ee) Möglichkeit einer Prozessstandschaft des Pflichtteilsanspruchsinhabers

Im Ergebnis ist somit der herrschenden Auffassung⁷⁴ darin zuzustimmen, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber seinen Pflichtteilsanspruch auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit einer – freilich unzulässigen – Klage selbst noch rechtshängig machen und auf diese Weise die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bewirken kann. Anders als innerhalb dieser Auffassung überwiegend angenommen,⁷⁵ bedarf es dazu richtigerweise aber keiner einschränkenden Auslegung der Wirkungen des Insolvenzbeschlags nach § 80 Abs. 1, § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO; vielmehr folgt dieses Ergebnis bei näherer Betrachtung bereits aus der wortlautgetreuen Anwendung der § 852 Abs. 1, § 261 Abs. 1, § 253 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 ZPO.

Wollte man stattdessen die Verfügungsbefugnis des Pflichtteilsanspruchsinhabers in Parallelität zu § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB als zwingende Voraussetzung der Rechtshängigkeit im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO ansehen und dennoch dem Pflichtteilsanspruchsinhaber das Rechtshängigmachen des Anspruchs nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ermöglichen, so böte sich – anstelle der vom Wortlaut abweichenden einschränkenden Auslegung des Insolvenzbeschlags – noch der Rückgriff auf das Institut der Prozessstandschaft an. Berechtigter im Sinne des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist anerkanntermaßen auch, wer als Pro-

⁷¹ BGH, Urt. v. 04.10.1977 – VI ZR 5/74, BGHZ 69, 323 (Juris-Rn. 6–10 = S. 324–328); BGH, Urt. v. 26.06.1984 – VI ZR 206/82, NJW 1984, 2348 (Juris-Rn. 7 = S. 2349); BGH, Urt. v. 22.10.1985 – VI ZR 206/84, NJW 1986, 1039 (Juris-Rn. 8 = S. 1040).

⁷² BGH, Urt. v. 04.10.1977 – VI ZR 5/74, BGHZ 69, 323 (Juris-Rn. 8 = S. 325 f.).

⁷³ Dazu oben unter § 4.II. (S. 61).

⁷⁴ Vgl. oben unter § 8.I.2. (S. 178).

⁷⁵ Ivo, ZErB 2003, 250 (254); Klumpp, ZEV 1998, 123 (126); Kuchinke, NJW 1994, 1769 (1772); Messner, ZVI 2004, 433 (439); Lehmann, S. 139 f.; Hannich, S. 171; Gottwald, Pflichtteilsrecht, Teil II § 2317 Rn. 40.

zesstandschafter Klage erhebt,⁷⁶ wobei die verjährungshemmende Wirkung in dem Zeitpunkt eintritt, in dem sie prozessual offengelegt⁷⁷ oder offensichtlich ist.⁷⁸ Möglich erscheint es deshalb zum einen, dass der nach § 80 Abs. 1 InsO verfügbungsbefugte Insolvenzverwalter den Insolvenzschuldner ermächtigt, den Pflichtteilsanspruch für die Insolvenzmasse in gewillkürter Prozessstandschaft für den Insolvenzverwalter einzuklagen. Aufgrund des generellen Interesses des Insolvenzschuldners an der Beitreibung seiner Forderungen und an der möglichst weitreichenden Begleichung seiner Verbindlichkeiten wäre das für die Zulässigkeit der gewillkürten Prozessstandschaft erforderliche schutzwürdige Interesse zu bejahen,⁷⁹ das angesichts des Vorliegens der Einwilligung des Verfügungsberechtigten nicht einmal erforderlich ist.⁸⁰ Zum anderen wäre es denkbar und wohl vorzugswürdig, vom Vorliegen einer gesetzlichen Prozessstandschaft auszugehen. Da die Möglichkeit des Pflichtteilsanspruchsinhabers, seinen Pflichtteilsanspruch auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch rechtshängig zu machen, sachgerecht und erforderlich ist, könnte § 852 Abs. 1 ZPO so auszulegen sein, dass sich hieraus die Befugnis des Pflichtteilsanspruchsinhabers ergibt, im Fall der Insolvenz seinen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch in gesetzlicher Prozessstandschaft für den dann verfügbungsbefugten Insolvenzverwalter gerichtlich geltend zu machen. Zudem könnte die Klage des Pflichtteilsanspruchsinhabers dann auch ohne ausdrückliche Klarstellung so auszulegen sein, dass sie in Prozessstandschaft für den Insolvenzverwalter erfolgt. Gegenüber der gewillkürten Prozessstandschaft hätte die Bejahung einer gesetzlichen Prozessstandschaft aus § 852 Abs. 1 ZPO den verfahrensmäßigen Vorteil, dass es keiner zusätzlichen Ermächtigung durch den Insolvenzverwalter bedürfte. Der Lösung über die gewillkürte oder gesetzliche Prozessstandschaft steht auch nicht entgegen, dass der Insolvenzverwalter nach der herrschenden Amtstheorie als Partei kraft Amtes selbst nur gesetzlicher Prozessstandschafter für den Insolvenzschuldner ist.⁸¹ Es läge dann der Fall einer doppelten, rekursiven Prozessstandschaft vor. Dies mag ungewöhnlich erscheinen, wäre jedoch der Besonderheit des § 852 Abs. 1 ZPO geschuldet und als zulässig zu erachten.

Da die weitere Führung des Aktivprozesses um den insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch zu den Kernaufgaben des Insolvenzverwalters zählt und da

⁷⁶ BGH, Urt. v. 03.07.1980 – IVa ZR 38/80, BGHZ 78, 1 (Juris-Rn. 13 = S. 3 f.); BGH, Urt. v. 16.09.1999 – VII ZR 385/98, NJW 1999, 3707 (Juris-Rn. 6 = S. 3707); BGH, Urt. v. 29.10.2009 – I ZR 191/07, NJW 2010, 2270 (Rn. 38); BGH, Urt. v. 09.12.2010 – III ZR 56/10, NJW 2011, 2193 (Rn. 10); *Grothe*, in: MünchKomm-BGB, § 204 Rn. 17.

⁷⁷ BGH, Urt. v. 30.05.1972 – I ZR 75/71, NJW 1972, 1580 (Juris-Rn. 15–17 = S. 1580).

⁷⁸ BGH, Urt. v. 03.07.1980 – IVa ZR 38/80, BGHZ 78, 1 (Juris-Rn. 20 = S. 5 f.).

⁷⁹ Vgl. etwa BAG, Urt. v. 19.02.2014 – 5 AZR 1047/12, NZA 2014, 1658 (Rn. 21, 23); *Lüke*, in: KPB, 37. Lfg. 9/09 § 80 Rn. 58.

⁸⁰ BGH, Urt. v. 03.07.1980 – IVa ZR 38/80, BGHZ 78, 1 (Juris-Rn. 18 f. = S. 5); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 98 Rn. 11; *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 261 Rn. 28, § 262 Rn. 19; *Becker-Eberhard*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 261 Rn. 24, § 262 Rn. 3.

⁸¹ Vgl. *Bork*, Rn. 78 f.

es wenig sinnvoll wäre, die Fortführung des Prozesses in die Hände des – am Prozessausgang möglicherweise kaum interessierten – Insolvenzschuldners zu legen, wäre davon auszugehen, dass sowohl die gewillkürte als auch die gesetzliche Prozessstandschaft des Insolvenzschuldners beschränkt ist und lediglich das Rechtshängigmachen des Pflichtteilsanspruchs, nicht hingegen auch die weitere Prozessführung umfasst.

ff) Fortgang des Prozesses – § 240 ZPO, § 85 InsO

Hat der Pflichtteilsanspruchsinhaber seinen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch rechtshängig gemacht, bleiben der Fortgang dieses Prozesses und dessen Verhältnis zur gerichtlichen Beitreibung des Pflichtteilsanspruchs durch den Insolvenzverwalter zu klären.

Eindeutig ist die Lage, wenn der Pflichtteilsanspruch bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens rechtshängig geworden ist. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird der Rechtsstreit dann nach § 240 Satz 1 ZPO ohne Weiteres unterbrochen.⁸² Da es sich um einen Aktivprozess handelt, hat der Insolvenzverwalter nach § 85 Abs. 1 Satz 1 InsO die Möglichkeit, den Rechtsstreit aufzunehmen. Nimmt er den Rechtsstreit auf, kommt es spätestens dann zu einem gesetzlichen Parteiwechsel.⁸³ Da der Pflichtteilsanspruch mit Eintritt der Rechtshängigkeit nach § 852 Abs. 1 ZPO verwertbar geworden ist, kann der Insolvenzverwalter den Rechtsstreit ohne Einschränkung zugunsten und zulasten der Insolvenzmasse fortführen. Lehnt er die Aufnahme durch formlose Erklärung gegenüber dem Pflichtteilsanspruchsinhaber oder gegenüber dem Beklagten ab, kann jeder von diesen beiden den Rechtsstreit nach § 85 Abs. 2 InsO aufnehmen. Die Ablehnung der Aufnahme durch den Insolvenzverwalter ist dabei als Freigabe des insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs zu werten,⁸⁴ sodass der Pflichtteilsanspruchsinhaber den Prozess mit Wirkung für und gegen sein insolvenzfreies Vermögen fortsetzen kann. Da die § 240 Satz 1 ZPO, § 85 InsO neben Leistungs- auch Feststellungsklagen über einen insolvenzbefangenen Gegenstand erfassen,⁸⁵ gelten die dargestellten Regelungen auch dann, wenn der

⁸² Vgl. *Bork*, Rn. 219.

⁸³ *H. Roth*, in: Stein/Jonas, § 240 Rn. 21; *Stadler*, in: Musielak/Voit, § 240 Rn. 1. Den Parteiwechsel schon mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens bejahend BGH, Urt. v. 16.01.1997 – IX ZR 220/96, NJW 1997, 1445 (Juris-Rn. 9 = S. 1445); *Jaspersen*, in: BeckOK-ZPO, § 240 Rn. 2; *Schumacher*, in: MünchKomm-InsO, § 85 Rn. 15.

⁸⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 21.04.2005 – IX ZR 281/03, BGHZ 163, 32 (Juris-Rn. 10 = S. 36); BGH, Urt. v. 07.12.2006 – IX ZR 161/04, ZIP 2007, 194 (Rn. 18); *Bork*, Rn. 222.

⁸⁵ BGH, Urt. v. 27.03.1995 – II ZR 140/93, NJW 1995, 1750 (Juris-Rn. 7 = S. 1751); BAG, Urt. v. 12.04.1983 – 3 AZR 73/82, NJW 1984, 998 (Juris-Rn. 14 = S. 998); BGH, Beschl. v. 04.04.2012 – XII ZR 52/11, GuT 2012, 282 (Rn. 2 f.); *Lüke*, in: KPB, 39. Lfg. 2/10 § 85 Rn. 17; *Mock*, in: Uhlenbruck, § 85 Rn. 25; *Ott/Vuia*, in: MünchKomm-InsO, § 80 Rn. 83; *Schumacher*, in: MünchKomm-InsO, Vorb. vor §§ 85 bis 87 Rn. 30; *Smid*, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, § 80 Rn. 71; *Stackmann*, in: MünchKomm-ZPO, § 240 Rn. 26; *Stadler*, in: Musielak/Voit, § 240 Rn. 5.

Pflichtteilsanspruchsinhaber den Pflichtteilsanspruch lediglich mit einer Feststellungsklage rechtshängig gemacht hat.

Schwieriger zu beurteilen ist der Fall, dass das Insolvenzverfahren erst nach Einreichung der Klage durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber, aber noch vor deren Zustellung eröffnet wird, sowie der Fall, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber seine Klage erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens einreicht. Wie ausgeführt,⁸⁶ ist die Klage in diesen beiden Fällen trotz der (zwischenzeitlichen) Insolvenzverfahrenseröffnung dem Beklagten zuzustellen; mit der Zustellung tritt die Rechtshängigkeit ein. Für diese beiden Fallgestaltungen eines Eintritts der Rechtshängigkeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist nunmehr nach dem weiteren rechtlichen Schicksal des durch die jeweilige Klageerhebung in Gang gesetzten Prozesses zu fragen.

(1) Anwendungsbereich der § 240 ZPO, § 85 InsO

Vereinzelte wird § 240 ZPO eine Vorwirkung zugesprochen, die auch bei einem nur anhängigen Anspruch zur Unterbrechung des Verfahrens führe.⁸⁷ Teilweise wird ferner vertreten, dass § 240 Satz 1 ZPO auch bei einem nur anhängigen Verfahren eine Unterbrechung bewirke, die ihre gesetzlichen Wirkungen aber erst ab dem Zeitpunkt entfalte, in welchem der Anspruch durch Zustellung rechtshängig werde.⁸⁸ Für letztere Auffassung wird ins Feld geführt, dass sie besonders gut mit Verfahrensordnungen harmoniere, in welchen zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit nicht unterschieden werde.⁸⁹

Weit überwiegend wird § 240 Satz 1 ZPO aber so verstanden, dass die Unterbrechung mit der Aufnahmemöglichkeit nach § 85 Abs. 1 Satz 1 InsO nur dann eintritt, wenn die Klage bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits rechtshängig ist. Ein Prozess über einen durch Einreichung der Klage bei Gericht lediglich anhängig gemachten, mangels Zustellung aber noch nicht rechtshängigen Anspruch werde nicht unterbrochen.⁹⁰ Sowohl nach dem Wortlaut der Vorschrift als auch nach dem Willen des historischen Gesetzgebers setze die Existenz eines Verfahrens im Sinne des § 240 Satz 1 ZPO und überhaupt die Existenz eines Prozessrechtsverhältnisses die Rechtshängigkeit des Anspruchs

⁸⁶ Oben unter § 8.I.3.c)bb) (S. 182).

⁸⁷ K. Schmidt, NJW 1995, 911 (915); Naraschewski, EWIR 2009, 727 (728).

⁸⁸ OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 02.09.2004 – 5 W 4/04, ZInsO 2004, 1086 (Juris-Rn. 4 = S. 1086); Windel, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 85 Rn. 6.

⁸⁹ Windel, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 85 Rn. 7.

⁹⁰ BGH, Beschl. v. 11.12.2008 – IX ZB 232/08, ZIP 2009, 240 (Rn. 8–11); Jaspersen, in: BeckOK-ZPO, § 240 Rn. 2; Kuleisa, in: HambKomm-InsR, Vorb. zu §§ 85 bis 87 Rn. 9; Mock, in: Uhlenbruck, § 85 Rn. 5; H. Roth, in: Stein/Jonas, § 240 Rn. 17; Schumacher, in: MünchKomm-InsO, Vorb. vor §§ 85 bis 87 Rn. 42; Stackmann, in: MünchKomm-ZPO, § 240 Rn. 6.

voraus.⁹¹ Auch unter Geltung der InsO sei dies sachlich geboten⁹² und decke sich zudem damit, dass auch die Klageänderung nach § 263 ZPO, die Erhebung der Widerklage nach § 33 ZPO, die Erhebung der Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO, die Erklärung der Erledigung der Hauptsache⁹³ und die Entstehung des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs die Rechtshängigkeit voraussetzen.⁹⁴ Der in § 85 Abs. 1 Satz 1 InsO verwendete Begriff der Anhängigkeit sei daher als Rechtshängigkeit zu verstehen.⁹⁵

Weitgehend übereinstimmend sind Rechtsprechung und Literatur zudem der Ansicht, dass ein Prozess jedenfalls bzw. erst recht dann nicht unterbrochen werde, wenn die Klage erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingereicht wird.⁹⁶

(2) Konsequenzen bei Nichtanwendung der § 240 ZPO, § 85 InsO

Folge der Nichtanwendung der § 240 ZPO, § 85 InsO auf den vorliegenden Zusammenhang ist, dass der Prozess über eine vom Insolvenzschuldner vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingereichte, aber erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugestellte Klage nicht nach § 240 Satz 1 ZPO unterbrochen wird. Vielmehr nimmt der Prozess auch nach Eintritt der Rechtshängigkeit seinen gewöhnlichen Fortgang. Wegen Fehlens der Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners über den von ihm geltend gemachten Pflichtteilsanspruch nach § 80 Abs. 1 InsO ist seine Klage nicht nur unbegründet, sondern wegen des aus dem Fehlen der Verfügungsbefugnis resultierenden Fehlens der Prozessführungsbefugnis bereits unzulässig. Dies gälte auch dann, wenn man mit der hier hilfsweise für möglich erachteten Auffassung von einer Prozessstandschaft des Insolvenzschuldners ausginge. Wie dargestellt,⁹⁷ wäre nämlich anzunehmen, dass sowohl die gewillkürte als auch die gesetzliche Prozessstandschaft nur das Rechtshängigmachen, nicht aber auch die weitere Führung des Prozesses umfassten. Die Klage des Insolvenzschuldners ist also in jedem Fall wegen Unzulässigkeit abzuweisen. Zugleich entfällt aber mit dem Eintritt der Rechtshängig-

⁹¹ BGH, Beschl. v. 11.12.2008 – IX ZB 232/08, ZIP 2009, 240 (Rn. 9); *Lattka*, ZInsO 2007, 134 (135).

⁹² BGH, Beschl. v. 11.12.2008 – IX ZB 232/08, ZIP 2009, 240 (Rn. 10).

⁹³ Dazu *Lattka*, ZInsO 2007, 134 (134 f.).

⁹⁴ BGH, Beschl. v. 11.12.2008 – IX ZB 232/08, ZIP 2009, 240 (Rn. 11); *Lattka*, ZInsO 2007, 134 (135).

⁹⁵ *Lüke*, in: KPB, 39. Lfg. 2/10 § 85 Rn. 21; *Mock*, in: Uhlenbruck, § 85 Rn. 5; *Stadler*, in: Musielak/Voit, § 240 Rn. 6.

⁹⁶ BGH, Beschl. v. 11.12.2008 – IX ZB 232/08, ZIP 2009, 240 (Rn. 12); OLG Frankfurt, Urt. v. 07.06.2006 – 7 U 175/05, bei Juris (Juris-Rn. 22); OLG München, Beschl. v. 20.07.2007 – 20 W 1976/07, ZIP 2007, 2052 (Juris-Rn. 5 f. = S. 2052); *Kuleisa*, in: HambKomm-InsR, Vorb. zu §§ 85 bis 87 Rn. 9 f.; *Jaspersen*, in: BeckOK-ZPO, § 240 Rn. 2; *Schumacher*, in: MünchKomm-InsO, Vorb. vor §§ 85 bis 87 Rn. 42 f.; *Windel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 85 Rn. 7.

⁹⁷ Oben unter § 8.1.3.c)ee) (S. 187).

keit die Beschränkung des § 852 Abs. 1 ZPO. Der Pflichtteilsanspruch ist ab diesem Zeitpunkt für die Masse verwertbar. Der Insolvenzverwalter kann und darf vom Pflichtteilsanspruchsschuldner Zahlung verlangen und den Anspruch erforderlichenfalls für die Masse einklagen.

Solange der vom Pflichtteilsanspruchsschuldner angestrebte Prozess noch nicht durch formell rechtskräftiges Urteil, durch Klagerücknahme oder durch beiderseitige Erledigungserklärung beendet und der Pflichtteilsanspruch daher noch rechtshängig ist,⁹⁸ könnte einer Klage des Insolvenzverwalters die Rechtshängigkeitssperre des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO entgegenstehen. Dies würde die Identität nicht nur des Streitgegenstands, sondern auch der an beiden Verfahren beteiligten Parteien voraussetzen.⁹⁹ Da Kläger einmal der Insolvenzschuldner, das andere Mal aber der Insolvenzverwalter in seiner Funktion als Insolvenzverwalter über das Vermögen des Insolvenzschuldners ist, sind die Parteien hier nicht vollkommen identisch. Über die Parteiidentität im strengen Sinne hinaus greift die Rechtshängigkeitssperre des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO aber auch gegenüber denjenigen Personen, für welche nach §§ 325 ff. ZPO die materielle Rechtskraft des Urteils gilt.¹⁰⁰ Im Rahmen der gesetzlichen Prozessstandschaft in Gestalt der Figur der Partei kraft Amtes gilt die materielle Rechtskraft von Urteilen, die gegenüber dem Insolvenzverwalter, dem Nachlassverwalter oder dem Zwangsverwalter ergehen, auch für und gegen den Rechtsträger.¹⁰¹ Umgekehrt ist die Partei kraft Amtes an Entscheidungen gegenüber dem Rechtsträger aber nur insoweit gebunden, als diese Entscheidungen vor Amtsbeginn ergangen sind.¹⁰² Entscheidungen, die nach Amtsbeginn gegenüber dem – dann nicht mehr verfügungs- und prozessführungsbefugten – Rechtsträger ergehen, entfalten keine Rechtskraft gegenüber dem Verwalter. Mithin sperrt ein vom Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes rechtshängig gemachtes Verfahren zwar einen weiteren Prozess des Insolvenzschuldners über denselben Streitgegenstand. Umgekehrt steht aber ein vom Insolvenzschuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens rechtshängig gemachtes Verfahren mangels Rechtskraftreterstreckung einem weiteren vom Insolvenzverwalter betriebenen Prozess über denselben Streitgegenstand nicht entgegen. Sobald der Insolvenzschuldner sei-

⁹⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 12.05.1992 – VI ZR 118/91, NJW 1992, 2296 (Juris-Rn. 10 = S. 2296); *Bacher*, in: BeckOK-ZPO, § 261 Rn. 11; *Becker-Eberhard*, in: MünchKomm-ZPO, § 261 Rn. 36.

⁹⁹ *Bacher*, in: BeckOK-ZPO, § 261 Rn. 15; *Becker-Eberhard*, in: MünchKomm-ZPO, § 261 Rn. 50.

¹⁰⁰ BGH, Urt. v. 19.02.2013 – X ZR 70/12, GRUR 2013, 1269 (Rn. 16); *Bork*, ZIP 2005, 66 (66); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 98 Rn. 20; *Assmann*, in: Wiczorek/Schütze, § 261 Rn. 75; *Bacher*, in: BeckOK-ZPO, § 261 Rn. 17; *Becker-Eberhard*, in: MünchKomm-ZPO, § 261 Rn. 51.

¹⁰¹ *Gottwald*, in: MünchKomm-ZPO, § 325 Rn. 50; *Gruber*, in: BeckOK-ZPO, § 325 Rn. 9, 38; *Saenger*, in: Saenger, § 325 Rn. 27; *Windel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 80 Rn. 182–191.

¹⁰² *Gottwald*, in: MünchKomm-ZPO, § 325 Rn. 51; *Gruber*, in: BeckOK-ZPO, § 325 Rn. 38.1; *Windel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 80 Rn. 192.

nen Pflichtteilsanspruch rechtshängig gemacht hat, kann der Insolvenzverwalter diesen also unabhängig vom Stand des vom Insolvenzschuldner angestregten Prozesses einklagen.

(3) Analoge Anwendung der § 240 ZPO, § 85 InsO

Die Lösung, dass der Insolvenzschuldner den von ihm angestregten Prozess selbst fortführen und mangels Verfügungsbefugnis zwangsläufig verlieren muss, der Insolvenzverwalter hingegen erneut Klage gegen den Schuldner des Pflichtteilsanspruchs erheben muss, ist wenig befriedigend. So ist das Erfordernis zweier Klagen zum einen unnötig umständlich. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Kosten des vom Insolvenzschuldner persönlich fortzuführenden und zu verlierenden Prozesses von diesem aus seinem insolvenzfreien Vermögen zu tragen sind.¹⁰³ Für die Insolvenzmasse ist dies zwar neutral und wegen der Zugehörigkeit des Neuerwerbs zur Insolvenzmasse nach § 35 Abs. 1 Var. 2 InsO wird während des Laufs des Insolvenzverfahrens regelmäßig kaum insolvenzfreies Vermögen vorhanden sein. Nachteilig wird diese Kostentragungslast für den Insolvenzschuldner aber spätestens dann, wenn der Pflichtteilsanspruchsschuldner nach Beendigung des Insolvenzverfahrens als Neugläubiger auf den – nicht im Rahmen eines Restschuldbefreiungsverfahrens an den Treuhänder abgetretenen – Neuerwerb des Pflichtteilsanspruchsinhabers zugreifen kann. Dieser finanzielle Nachteil könnte den Insolvenzschuldner, der ansonsten gewillt wäre, seinen Pflichtteilsanspruch der Insolvenzmasse zugute kommen zu lassen, vom Rechtshängigmachen seines Pflichtteilsanspruchs nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens abhalten. Auch zur Vermeidung dieser Konsequenz ist daher nach einer besseren und einfacheren Lösung zu suchen.

Dafür bietet sich die analoge Anwendung der § 240 ZPO, § 85 InsO an. In den beiden hier zur Debatte stehenden Fallgestaltungen eines Eintritts der Rechtshängigkeit erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens besteht insofern eine Sondersituation, als erst durch den Eintritt der Rechtshängigkeit die Verwertbarkeit des betroffenen Anspruchs durch den Insolvenzverwalter begründet wird. Mit der in § 240 ZPO, § 85 InsO direkt geregelten Konstellation ist diese Situation insoweit vergleichbar, als jeweils erstmalig sowohl die Rechtshängigkeit als auch die Verwertbarkeit gegeben sind. Zweck der Vorschriften über die Unterbrechung des Verfahrens ist es, dem Wechsel der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis und damit verbunden der Prozessführungsbefugnis nach Eintritt der Rechtshängigkeit prozessual Rechnung zu tragen und den beteiligten Personen Zeit zu geben, sich auf die dadurch veränderte Situation einzustellen.¹⁰⁴ Dieser Zweck greift auch, wenn der Wechsel der Prozessführungsbefugnis zwar bereits mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt ist, die Verwertbarkeit des

¹⁰³ Vgl. nur *Mock*, in: Uhlenbruck, § 85 Rn. 177.

¹⁰⁴ *Kroth*, in: Braun, § 85 Rn. 1; *Schumacher*, in: MünchKomm-InsO, § 85 Rn. 1; *Stackmann*, in: MünchKomm-ZPO, § 240 Rn. 1; *Stadler*, in: Musielak/Voit, § 240 Rn. 1; *Wittkowski/Kruth*, in: Nerlich/Römermann, § 85 Rn. 2.

Anspruchs aber erst mit dessen Rechtshängigkeit eintritt. Auch dann hat keine Möglichkeit bestanden, dass der Insolvenzverwalter bereits vor Eintritt der Rechtshängigkeit selbst erfolgreich hätte Klage erheben können. Die Interessenlage ist also durchaus vergleichbar.¹⁰⁵

Auch in ihren Folgen erweist sich die analoge Anwendung der § 240 ZPO, § 85 InsO auf den erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens rechtshängig werdenden Pflichtteilsanspruch als sachgerecht. Gleichzeitig mit Zustellung der vom Insolvenzschuldner erhobenen Klage und folglich mit Eintritt der Rechtshängigkeit wird das Verfahren von Gesetzes wegen nach § 240 Satz 1 ZPO unterbrochen und kann nach § 85 Abs. 1 Satz 1 InsO vom Insolvenzverwalter aufgenommen werden. Im Fall der Aufnahme durch den Insolvenzverwalter trifft den Insolvenzschuldner keinerlei Kostenrisiko mehr. Sollte der Insolvenzverwalter den Prozess um den Pflichtteilsanspruch verlieren, fallen die – auch die bereits vor der Unterbrechung in derselben Instanz entstandenen – Kosten der Insolvenzmasse zur Last, wobei sie nach herrschender Auffassung Masseverbindlichkeiten im Sinne des § 55 InsO darstellen.¹⁰⁶ Gewinnt der Insolvenzverwalter den Prozess, ist der prozessuale Kostenerstattungsanspruch Bestandteil der Insolvenzmasse.¹⁰⁷ Finanzielle Kostennachteile drohen dem Insolvenzschuldner nur dann, wenn der Insolvenzverwalter den unterbrochenen Prozess nicht aufnimmt. Bei einem erfolgversprechenden Prozess ist der Insolvenzverwalter aber nach § 148 Abs. 1 InsO zur Aufnahme verpflichtet.¹⁰⁸ Mithin vermeidet die analoge Anwendung der § 240 ZPO, § 85 InsO auf den erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzschuldner rechtshängig gemachten Pflichtteilsanspruch das Problem, dass die Pflicht zur Tragung der Kosten eines zu verlierenden Prozesses den Insolvenzschuldner von der Einreichung einer Klage auf den Pflichtteilsanspruch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens abhalten könnte.

Zudem ist die Lösung über die Unterbrechung des vom Insolvenzschuldner angestregten Prozesses und dessen Aufnahme durch den Insolvenzverwalter auch (verfahrens)ökonomischer und einfacher als die sich nach der herrschenden Ansicht zu § 240 ZPO, § 85 InsO ergebende Erforderlichkeit zweier Prozesse. Sie erweist sich damit als insgesamt sachgerecht. Zu Recht hat sie daher in der Literatur Gefolgschaft nicht nur bei denjenigen Autoren gefunden, die den Pflichtteilsanspruch erst ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852

¹⁰⁵ So noch unter Geltung der KO *Klump*, ZEV 1998, 123 (126).

¹⁰⁶ BGH, Beschl. v. 28.09.2006 – IX ZB 312/04, ZIP 2006, 2132 (Rn. 12–14); *Bork*, Rn. 79; *Jaspersen*, in: BeckOK-ZPO, § 240 Rn. 27; *Stadler*, in: Musielak/Voit, § 240 Rn. 9; *Stackmann*, in: MünchKomm-ZPO, § 240 Rn. 33. Hingegen für eine Differenzierung danach, ob der Gebührentatbestand vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden ist, *Mock*, in: Uhlenbruck, § 85 Rn. 156 f.

¹⁰⁷ BGH, Beschl. v. 11.12.2008 – IX ZB 232/08, ZIP 2009, 240 (Rn. 5, 15); *Wöstmann*, in: Saenger, § 240 Rn. 7.

¹⁰⁸ Vgl. *Haas/Vogel*, KTS 2011, 387 (390); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (182). Vgl. auch *Hannich*, S. 172.

Abs. 1 ZPO als Bestandteil der Insolvenzmasse ansehen,¹⁰⁹ sondern ebenso bei Vertretern der Ansicht, welche die Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs bereits ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens und unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bejaht¹¹⁰. Dem ist zu folgen.

gg) Bewertung

Nach alldem ist zu der Frage, inwiefern der mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits zur Insolvenzmasse zählende Pflichtteilsanspruch noch rechtsfähig gemacht werden kann, festzuhalten, dass diese Möglichkeit weiterhin gegeben ist und weiterhin dem Insolvenzschuldner zusteht. Da die Rechtshängigkeit nicht die Zulässigkeit der erhobenen Klage voraussetzt, kann der Insolvenzschuldner auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit einer – mangels Prozessführungsbefugnis dann freilich unzulässigen – Klage immer noch die Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs unabhängig davon herbeiführen, ob er die Klage erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erhebt oder ob seine schon vorher eingereichte Klage erst nach Verfahrenseröffnung zugestellt wird. Richtigerweise folgt dieses Ergebnis bereits aus der wortlautgetreuen Anwendung der § 852 Abs. 1, § 261 Abs. 1, § 253 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 ZPO, ohne dass es einer bisweilen für erforderlich gehaltenen Einschränkung der Wirkungen des Insolvenzbeschlags nach § 80 Abs. 1, § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO bedürfte. Hilfsweise gelangt man zu diesem Ergebnis aber auch dadurch, dass man die Klage des Insolvenzschuldners als Klage in gesetzlicher, nämlich auf § 852 Abs. 1 ZPO beruhender, Prozessstandschaft versteht. Geboten erscheint ferner die analoge Anwendung der § 240 Satz 1 ZPO, § 85 Abs. 1 Satz 1 InsO mit der Folge, dass der erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens rechtsfähig gewordene, vom Insolvenzschuldner geführte Prozess sogleich nach Eintritt der Rechtshängigkeit unterbrochen wird und vom Insolvenzverwalter aufgenommen und fortgeführt werden kann.

Möchte der Insolvenzschuldner seinen Pflichtteilsanspruch der Insolvenzmasse zur Verfügung stellen, erweist sich die Erhebung einer zunächst unzulässigen Klage durch den Insolvenzschuldner selbst und die Fortführung dieses Prozesses durch den Insolvenzverwalter damit als gangbarer Weg. Für die praktische Umsetzung bietet es sich an, dass der mit der Erhebung der Klage zu beauftragende Rechtsanwalt bereits durch den Insolvenzverwalter ausgesucht wird. Hinsichtlich der Kosten ist diese Lösung neutral, da der mit der Führung des Prozesses zunächst vom Insolvenzschuldner und sodann vom Insolvenzverwalter beauftragte Rechtsanwalt dabei nicht in verschiedenen Angelegenheiten, sondern in derselben Angelegenheit im Sinne des § 15 Abs. 2 RVG tätig wird

¹⁰⁹ *Leipold*, FS Gaul, 367 (369); *Windel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 85 Rn. 7.

¹¹⁰ *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1772); *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (126); *Lehmann*, S. 144; *Lange/Kuchinke*, § 37 VIII 2 c Fn. 373. Die Frage offenlassend *Haas/Vogel*, KTS 2011, 387 (390); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (182).

und auch keine Gebührenerhöhung nach Nr. 1008 des dem RVG als Anlage 1 zu § 2 Abs. 2 beigefügten Vergütungsverzeichnisses stattfindet, da in derselben Angelegenheit nicht mehrere Auftraggeber im Sinne dieses Erhöhungstatbestands vorhanden sind.

hh) Rechtshängigmachen durch den Insolvenzverwalter mit Ermächtigung des Insolvenzschuldners

Es ist aber nicht zu leugnen, dass diese sich aus dem Gesetz ergebende Möglichkeit des Rechtshängigmachens des insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber selbst im Wege einer zunächst unzulässigen Klage nicht nur kompliziert anmutet, sondern auch tatsächlich mit gewissem verfahrensmäßigen Mehraufwand verbunden ist. Einfacher wäre es freilich, wenn der Insolvenzverwalter, dem ohnehin die Fortführung des Prozesses obliegt, den Pflichtteilsanspruch mit Ermächtigung des Insolvenzschuldners auch schon rechtshängig machen könnte.

Diese teilweise vertretene Lösung¹¹¹ setzt die Befugnis des Insolvenzschuldners voraus, den Insolvenzverwalter zur Herbeiführung der Rechtshängigkeit des insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs zu ermächtigen. Dem könnte entgegenstehen, dass § 852 Abs. 1 ZPO eine solche Ermächtigung nicht vorsieht und dass die in dieser Norm berechtigterweise enthaltenen formellen Anforderungen an die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nicht unterlaufen werden dürfen.¹¹² Jedoch lässt sich die Befugnis des Insolvenzschuldners, den Insolvenzverwalter zur Herbeiführung der Rechtshängigkeit des insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs zu ermächtigen, dogmatisch mit einem Erstrechtsschluss aus der Möglichkeit rechtfertigen, den Pflichtteilsanspruch in gewillkürter Prozessstandschaft rechtshängig zu machen. Wie dargestellt,¹¹³ ist ein Pflichtteilsanspruch außerhalb eines Insolvenzverfahrens auch dann im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO rechtshängig geworden, wenn die Klage auf den Pflichtteilsanspruch von einem Dritten erhoben wird, dem der Pflichtteilsanspruchsinhaber hierzu Vertretungsmacht oder Prozessführungsbefugnis erteilt hat. Wenn es zur Herbeiführung der Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs aber ausreicht, dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber einen Dritten zur Prozessführung ermächtigt, was formlos¹¹⁴ und auch konkludent¹¹⁵ möglich ist, so muss es erst recht genügen, wenn der insolvente Pflichtteilsanspruchsinhaber den ohnehin

¹¹¹ Vgl. oben unter § 8.1.2. (S. 177).

¹¹² Zu Letzterem oben unter § 4.V.2.a)bb) (S. 98).

¹¹³ Oben unter § 4.V.1. (S. 95).

¹¹⁴ BGH, Urt. v. 31.07.2008 – I ZR 21/06 (*Haus & Grund III*), NZM 2008, 902 (Rn. 52); *Weth*, in: Musielak/Voit, § 51 Rn. 26.

¹¹⁵ BGH, Urt. v. 26.09.1957 – II ZR 267/56, BGHZ 25, 250 (Juris-Rn. 15 = S. 259 f.); BGH, Urt. v. 21.03.1985 – VII ZR 148/83, BGHZ 94, 117 (Juris-Rn. 20 = S. 122); BGH, Urt. v. 22.12.1988 – VII ZR 129/88, NJW 1989, 1932 (Juris-Rn. 8 = S. 1933); *Benndtsen*, in: Saenger, § 51 Rn. 12; *Hübisch*, in: BeckOK-ZPO, § 51 Rn. 47; *Weth*, in: Musielak/Voit, § 51 Rn. 26.

schon prozessführungsbefugten Insolvenzverwalter zur Klageerhebung ermächtigt. Auch der Sache nach ist die Möglichkeit einer solchen Ermächtigung berechtigt; sie ist als zulässiger Verzicht des Pflichtteilsanspruchsinhabers auf den ihm durch § 852 Abs. 1 ZPO gewährten Schutz zu verstehen.¹¹⁶

Hat der insolvente Pflichtteilsanspruchsinhaber gegenüber dem Insolvenzverwalter also sein Einverständnis mit der gerichtlichen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch diesen erteilt, ist die Sperrwirkung des § 852 Abs. 1 ZPO überwunden. Der Insolvenzverwalter kann und darf dann von seiner Prozessführungsbefugnis Gebrauch machen und im eigenen Namen Klage auf den Pflichtteilsanspruch erheben. Mit Zustellung dieser Klage tritt die Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO ein, sodass der Insolvenzverwalter den Pflichtteilsanspruch ohne Weiteres und unabhängig vom weiteren Verhalten des Insolvenzschuldners fortführen kann.

Die ergänzende Zulassung der Befugnis des insolventen Pflichtteilsanspruchsinhabers, den Insolvenzschuldner zur Herbeiführung der Rechtshängigkeit des insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs zu ermächtigen, stellt nicht die aus dem Gesetz folgende Möglichkeit des Insolvenzschuldners in Abrede, seinen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch selbst durch Erhebung einer unzulässigen Klage rechtshängig zu machen.¹¹⁷ Auch ändert sie nichts daran, dass nach Erhebung einer solchen zunächst unzulässigen Klage durch den Insolvenzschuldner die Fortführung des Prozesses durch den Insolvenzverwalter in analoger Anwendung der § 240 ZPO, § 85 InsO geboten ist.¹¹⁸ Jedoch ist es aus Gründen der Praktikabilität und der Verfahrensökonomie angemessen, den Insolvenzschuldner, der seinen Pflichtteilsanspruch der Insolvenzmasse zugutekommen lassen möchte, nicht zwingend auf die Erhebung einer zunächst unzulässigen Klage zu verweisen, sondern ihm zusätzlich die Möglichkeit zuzugestehen, den Insolvenzverwalter zur Erhebung einer Klage auf den Pflichtteilsanspruch zu ermächtigen.

4. Zusammenfassung

Insgesamt hat die nähere Untersuchung der Tatbestandsmerkmale des § 852 Abs. 1 ZPO ergeben, dass die Sorge vor einer Pattsituation, in welcher weder der Insolvenzschuldner noch der Insolvenzverwalter die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bewirken und damit die Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs herbeiführen könnte,¹¹⁹ unberechtigt ist. Tatsächlich besteht keine derartige Pattsituation, da dem Pflichtteilsanspruchsinhaber die Herbeiführung der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und dem damit bewirkten Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den insolvenzbefangenen Pflicht-

¹¹⁶ BGH, Beschl. v. 11.06.2015 – IX ZB 18/13, ZIP 2015, 1595 (Rn. 9);

¹¹⁷ Dazu oben unter § 8.1.3.c)bb) (S. 182).

¹¹⁸ Dazu oben auf S.189.

¹¹⁹ *Kuchinke*, NJW 1994, 1769 (1772); *Lehmann*, S. 139.

teilsanspruch auf den Insolvenzverwalter noch möglich ist. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, bedarf es keiner Manipulation des Gesetzes, sondern nur der wortlautgetreuen Anwendung der § 852 Abs. 1, § 261, § 253 ZPO, verbunden mit der sich als sachgerecht aufdrängenden analogen Anwendung der § 240 ZPO, § 85 InsO.

Für das Tatbestandsmerkmal der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag ist die Eröffnung des Insolvenzverfahrens deshalb ohne Bedeutung, weil die Anerkennung durch Vertrag keine Verfügung beinhaltet und somit nicht die Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners über seinen Pflichtteilsanspruch voraussetzt. Eine der Anerkennung durch Vertrag gleichgestellte Verfügung über den Pflichtteilsanspruch kann der Insolvenzschuldner nach Eintritt der Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse mangels Verfügungsbefugnis freilich nicht mehr wirksam vornehmen. Nichtsdestoweniger wird eine unwirksame Verfügung des Insolvenzschuldners über seinen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch dann als Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu werten sein, wenn der Insolvenzschuldner bei Vornahme der Verfügung über seinen Pflichtteilsanspruch von deren Wirksamkeit ausging.

Die Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs kann der Insolvenzschuldner auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch herbeiführen, indem er Klage gegen den Schuldner des Pflichtteilsanspruchs erhebt; mangels Prozessführungsbefugnis des Insolvenzschuldners ist diese Klage dann zwar zunächst unzulässig, was jedoch dem Eintritt der Rechtshängigkeit nicht entgegensteht. Entsprechendes gilt für eine vom Pflichtteilsanspruchsinhaber noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingereichte, aber erst nach Verfahrenseröffnung zugestellte Klage. Mit Eintritt der Rechtshängigkeit wird das Verfahren in beiden Fällen in analoger Anwendung der § 240 Satz 1 ZPO, § 85 Abs. 1 Satz 1 InsO unterbrochen und kann sodann vom Insolvenzverwalter aufgenommen und fortgeführt werden. Zusätzlich besteht die Möglichkeit, dass der Insolvenzschuldner den Insolvenzverwalter zur Herbeiführung der Rechtshängigkeit des insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs ermächtigt. Nach Erteilung einer solchen – formlos möglichen – Ermächtigung kann der Insolvenzverwalter selbst Klage auf den Pflichtteilsanspruch erheben und den Prozess führen, ohne dass er der weiteren Mitwirkung des Insolvenzschuldners bedürfte.

II. Sonstige Befugnisse des Insolvenzschuldners

Zu klären ist weiterhin, wie sich die Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs auf die sonstigen Befugnisse des Insolvenzschuldners zur Einwirkung auf diesen Anspruch auswirkt. Dabei soll es zunächst nur um die rechtlichen Möglichkeiten des Insolvenzschuldners gehen. Inwiefern ihn eine Pflicht oder

Obliegenheit treffen kann, seinen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen, ist erst in einem weiteren Abschnitt zu erörtern.¹²⁰

1. Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch

Grundlegend für die Entscheidung des Insolvenzschuldners, wie er mit seinem insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch verfahren möchte, ist die Kenntnis über Bestand und Umfang des Nachlasses, welche mit Hilfe des Auskunfts- und Wertermittlungsanspruchs aus § 2314 BGB zu erlangen ist.¹²¹ Es wurde bereits erläutert, dass es sich bei diesem Anspruch um einen nicht personen- gebundenen, präparatorischen Hilfsanspruch handelt, der außerhalb des Insolvenzverfahrens bei Abtretung des Pflichtteilsanspruchs in analoger Anwendung des § 401 BGB mit übergeht.¹²² Parallel hierzu könnte argumentiert werden, dass dieser – als solcher nicht vermögenswerte – Hilfsanspruch in der Insolvenz des Pflichtteilsanspruchsinhabers dann ebenfalls in die Insolvenzmasse fallen müsse, damit er von dem über den Pflichtteilsanspruch verfügungs- berechtigten Insolvenzverwalter ausgeübt werden könne. Dabei würde aber über- sehen, dass dem Insolvenzverwalter durch § 852 Abs. 1 ZPO die Verwertung des Pflichtteilsanspruchs zugunsten der Insolvenzmasse so lange untersagt ist, bis der Pflichtteilsanspruchsinhaber selbst die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO herbeigeführt hat. Um dem Insolvenzschuldner eine fun- dierte Entscheidung über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs zu ermöglichen, ist ihm der Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch aus § 2314 Abs. 1 BGB bis zum Treffen dieser Entscheidung zu belassen und nicht zur In- solvenzmasse zu rechnen.¹²³ Dies schließt es freilich nicht aus, ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO und damit ab Eintritt der Verwertbarkeit des insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs den Anspruch aus § 2314 BGB ebenfalls als insolvenzbefangen zu erachten, sodass der Anspruch auf Auskunft und Wertermittlung ab diesem Zeitpunkt vom Insolvenzverwalter geltend ge- macht werden kann.

2. Nichtgeltendmachung

Die einfachste Option des Insolvenzschuldners ist es, sich passiv zu verhalten und seinen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch schlicht nicht geltend zu machen. Dass der Insolvenzschuldner diese – von § 852 Abs. 1 ZPO geschützte und vom Insolvenzverwalter nicht verhinderbare – rechtliche Möglichkeit be- sitzt, steht außer Frage.¹²⁴ Dies steht in Einklang damit, dass in der Insolvenz

¹²⁰ Siehe dazu unten unter § 8.III. (S. 205).

¹²¹ Vgl. dazu oben unter § 1.VII.1. (S. 24).

¹²² Oben unter § 1.VIII.2.a) (S. 27).

¹²³ Klumpp, ZEV 1998, 123 (126); Lehmann, S. 139.

¹²⁴ Ivo, ZErB 2003, 250 (255); Klumpp, ZEV 1998, 123 (126); Kuchinke, NJW 1994, 1769 (1772); Lehmann, S. 145; Hannich, S. 172; Grziwotz, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-

nach § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO auch eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ohne Weiteres ausgeschlagen werden kann.¹²⁵ Je nach zeitlicher Situation kann es dem Insolvenzschuldner so gegebenenfalls auch möglich sein, das Problem „auszusitzen“ und seinen unverjährten Pflichtteilsanspruch erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens erstmalig geltend zu machen. Ob für den Insolvenzschuldner unbeschadet dieser rechtlichen Möglichkeit eine Pflicht oder Obliegenheit zur Geltendmachung seines insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs bestehen kann und welche Rechtswirkungen die erst nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens erfolgende Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nach sich zieht, ist an anderer Stelle zu behandeln.¹²⁶ Dasselbe gilt für die verwandte Frage, inwiefern das Verjährenlassen des Pflichtteilsanspruchs vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Insolvenzanfechtung unterliegt.¹²⁷

3. Verzicht

Kann der Insolvenzschuldner von der Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs durch Passivität absehen, stellt sich die Frage nach seiner Rechtsmacht, auf den Pflichtteilsanspruch aktiv durch Erlassvertrag nach § 397 Abs. 1 BGB ganz oder teilweise zu verzichten.¹²⁸ Da diese Befugnis vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohne Weiteres besteht und die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit eines vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgten Verzichts auf den Pflichtteilsanspruch an anderer Stelle zu erörtern ist,¹²⁹ ist hier lediglich zu klären, inwiefern dem Insolvenzschuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Rechtsmacht zum Verzicht auf seinen dann insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch zusteht. Hierbei ist danach zu differenzieren, ob der Verzicht nach oder vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgen soll. Anschließend daran ist auf die Problematik des Teilverzichts einzugehen.

a) Verzicht nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO

Nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ist der Verzicht des Pflichtteilsanspruchsinhabers auf seinen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch eindeutig unwirksam. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist nach § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen – und damit auch über den Pflichtteilsanspruch – vom Insolvenzschuldner auf den Insolvenzverwalter übergegangen. Da

Dennhardt, § 2317 Rn. 43; Henckel, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 36 Rn. 37; Herzog, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 151; Müller, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 12.

¹²⁵ Etwa Krauß, ErbR 2011, 162 (163).

¹²⁶ Dazu unten unter § 8.III. (S. 205) und unter § 8.IV.2. (S. 234).

¹²⁷ Dazu unten unter § 9.I.2. (S. 255).

¹²⁸ Auf noch nicht entstandene Pflichtteilsansprüche kann der Insolvenzschuldner durch Pflichtteilsverzicht nach § 2346 Abs. 2 BGB freilich ohne Weiteres verzichten, da der Insolvenzbeschlag nur bereits erworbenes Vermögen erfasst. Vgl. dazu etwa Krauß, ErbR 2011, 162 (162).

¹²⁹ Unten unter § 9.I.2. (S. 255).

der Erlass eines Anspruchs nach § 397 Abs. 1 BGB eine Verfügung darstellt, ist der Erlass des insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs mangels der dafür erforderlichen Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners nach § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO absolut unwirksam.¹³⁰ Es ist kein sachlicher Grund zum Abweichen von dieser Regelung ersichtlich.

b) Verzicht vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO

Vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO müsste dem Wortlaut des § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO nach das Gleiche gelten. Tatsächlich plädiert ein Teil der Literatur für die Unwirksamkeit des vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgten Verzichts auf den insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch.¹³¹ Andernorts wird hingegen die Befugnis des Insolvenzschuldners, vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO auf seinen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch zu verzichten, entgegen dem Wortlaut des § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO bejaht,¹³² sodass die Frage einer näheren Untersuchung bedarf.

Hierfür könnte sich ein Vergleich mit der Situation in der (Einzel-)Zwangsvollstreckung anbieten,¹³³ bei welcher nach den obigen Ausführungen der Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO weder durch das mit der Pfändung des Pflichtteilsanspruchs einhergehende Inhibitorium untersagt¹³⁴ noch nach dem Anfechtungsgesetz anfechtbar ist¹³⁵. Allerdings besteht ein die unbesehene Übertragung der dortigen Erwägungen verbietender Unterschied darin, dass das nach § 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO mit der Pfändung auszusprechende Inhibitorium, wie erläutert,¹³⁶ von vornherein nur jene Verfügungen erfasst, welche die Rechtsposition des Vollstreckungsgläubigers zu beeinträchtigen geeignet sind. In der Insolvenz hingegen soll das sich aus § 80 Abs. 1 InsO ergebende Verwaltungsmonopol des Insolvenzverwalters in Bezug auf die Insolvenzmasse umfassend geschützt werden, sodass die Unwirksamkeitsfolge des § 81 Abs. 1 InsO grundsätzlich absolut und unabhängig davon gilt, ob die jeweilige Verfügung für die Insolvenzmasse nachteilig,

¹³⁰ Etwa Ivo, ZErB 2003, 250 (254); Messner, ZVI 2004, 433 (438). Missverständlich insoweit Mayer, MittBayNot 2011, 445 (448), der einen nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgenden Verzicht für insolvenzrechtlich anfechtbar hält.

¹³¹ Ivo, ZErB 2003, 250 (254); Messner, ZVI 2004, 433 (438); Herzog, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 151. So bereits zur KO Klumpp, ZEV 1998, 123 (126 f.).

¹³² Goltzsche, DNotZ 2009, 865 (867); Haas/Vogel, FS Bengel/Reimann, 173 (182); Mayer, MittBayNot 2011, 445 (447); Hannich, S. 172; Muscheler, Universalsukzession, S. 219; Grziwotz, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, § 2317 Rn. 43; Henckel, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 36 Rn. 37; Müller, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 12.

¹³³ Für die Parallelität – i.E. zutreffend – auch Muscheler, Universalsukzession, S. 219.

¹³⁴ Dazu oben unter § 4.IV.4.a)bb)(2) (S. 89).

¹³⁵ Dazu oben unter § 5.II.1.a) (S. 147).

¹³⁶ Oben unter § 4.IV.4.a)bb) (S. 86).

vorteilhaft oder neutral ist.¹³⁷ Die obige Argumentation, dass der vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgende Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch die Rechtsposition des (Vollstreckungs-)Gläubigers nicht beeinträchtigt,¹³⁸ kann also für die Beurteilung der Zulässigkeit des Verzichts auf den insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht unmittelbar herangezogen werden.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO nur Verfügungen über insolvenzbefangene Gegenstände erfasst. Über sein insolvenzfrees Vermögen kann der Insolvenzschuldner auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohne Weiteres verfügen.¹³⁹ Nun zählt der Pflichtteilsanspruch zwar, wie dargestellt,¹⁴⁰ ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens und unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse. Jedoch kann er vom Insolvenzverwalter nur und erst dann verwertet werden, wenn der Insolvenzschuldner die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO herbeigeführt hat. Der Grund dafür, den Pflichtteilsanspruch auch bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse zu rechnen, ist lediglich, im Interesse der Insolvenzgläubiger solchen Verfügungen, die der Insolvenzschuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über seinen Pflichtteilsanspruch vornimmt, von Gesetzes wegen die Wirksamkeit versagen zu können, ohne dass es einer Insolvenzanfechtung bedürfte.¹⁴¹ Dieses Schutzbedürfnis der Insolvenzgläubiger besteht nicht, wenn der Insolvenzschuldner die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ohnehin nicht herbeiführen wird, sodass der Pflichtteilsanspruch in keinem Fall zugunsten der Insolvenzmasse verwertet werden kann. Ist der Zugriff der Insolvenzgläubiger auf den Pflichtteilsanspruch so oder so versagt, dann kommt jene Erwägung zum Tragen, die bereits im Rahmen der Anfechtbarkeit des vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgenden Verzichts auf den Pflichtteilsanspruch nach dem Anfechtungsgesetz angestellt worden ist,¹⁴² nämlich dass der Pflichtteilsanspruchsinhaber ein berechtigtes Interesse daran haben kann, seinen Pflichtteilsanspruch nicht nur nicht geltend zu machen, sondern sogar wirksam auf ihn zu verzichten. Nur so kann der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs, zu dem regelmäßig eine – von § 852 Abs. 1 ZPO bewusst geschützte – persönliche Beziehung besteht, sofort und endgültig aus der Haftung entlassen und von dem Risiko befreit werden, doch noch in Anspruch genommen zu werden.

¹³⁷ *Mock*, in: Uhlenbruck, § 81 Rn. 10; *Wittkowski/Kruth*, in: Nerlich/Römermann, § 81 Rn. 12.

¹³⁸ Oben unter § 4.IV.4.a)bb)(2) (S. 89) und unter § 5.II.1.a) (S. 147).

¹³⁹ *Mock*, in: Uhlenbruck, § 81 Rn. 11; *Ott/Vuia*, in: MünchKomm-InsO, § 81 Rn. 7; *Wittkowski/Kruth*, in: Nerlich/Römermann, § 81 Rn. 7.

¹⁴⁰ Oben unter § 7 (S. 161).

¹⁴¹ Oben unter § 7.III.3. (S. 172).

¹⁴² Oben unter § 5.II.1.a) (S. 147).

Diese Handlungsoption ist Bestandteil der von § 852 Abs. 1 ZPO geschützten Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers.¹⁴³

Für den hiesigen Zusammenhang folgt daraus, dass die im Interesse der Insolvenzgläubiger bejahte Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht soweit gehen kann und muss, dass der Insolvenzschuldner nicht mehr auf seinen Pflichtteilsanspruch verzichten könnte. Vielmehr muss diese – von § 852 Abs. 1 ZPO mit umfasst und die Rechtsposition der Insolvenzgläubiger nicht beeinträchtigende – Möglichkeit auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens weiter bestehen. Methodisch ist dies durch eine teleologische Reduktion des § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO zu bewerkstelligen.¹⁴⁴ Der vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgende Verzicht auf einen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch stellt keine Verfügung über einen Gegenstand der Insolvenzmasse im Sinne des § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO dar und ist daher nicht unwirksam.

Im Ergebnis ist daher derjenigen Ansicht zu folgen, welche dem Insolvenzschuldner zugesteht, bis zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch auf seinen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch zu verzichten.

c) Teilverzicht

Wie im Rahmen der (Einzel-)Zwangsvollstreckung¹⁴⁵ und der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz¹⁴⁶ beanspruchen die letzteren Überlegungen auch für den nur teilweisen Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch Geltung. Der Insolvenzschuldner kann ein berechtigtes Interesse daran haben, den Schuldner des Pflichtteilsanspruchs zunächst nur teilweise aus der Haftung zu entlassen, und die rechtliche Möglichkeit hierzu ist ebenfalls Bestandteil der von § 852 Abs. 1 ZPO geschützten Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers. Auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Insolvenzschuldner daher bis zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO auf seinen Pflichtteilsanspruch auch nur teilweise verzichten. Ob mit dem Teilverzicht zugleich eine Anerkennung des restlichen Teils des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag verbunden ist, was dann als Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO in dieser restlichen Höhe zu werten wäre,¹⁴⁷ oder ob das Teilerkenntnis noch keine Aussage über den restlichen Teil enthält, ist im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen.¹⁴⁸

¹⁴³ Goltzsche, DNotZ 2009, 865 (866); Hannich, S. 84 f.

¹⁴⁴ So Muscheler, Universalsukzession, S. 219.

¹⁴⁵ Oben unter § 4.IV.4.a)bb)(2) (S. 89).

¹⁴⁶ Oben unter § 5.II.1.b) (S. 149).

¹⁴⁷ Oben unter § 4.V.3.b) (S. 114).

¹⁴⁸ Vgl. oben unter § 4.V.2.a)bb)(2) (S. 101).

4. Vergleich

Praktisch bedeutsam ist die Möglichkeit des Teilverzichts auf den insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch namentlich insofern, als dem Insolvenzschuldner damit vor anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO der Abschluss eines Vergleichs mit dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs offensteht. Dass der Insolvenzschuldner zum Führen von Vergleichsverhandlungen befugt ist,¹⁴⁹ ergibt sich bereits daraus, dass hierfür keine Verfügungsbefugnis über den insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch erforderlich ist. Wie gezeigt,¹⁵⁰ kann sich der Insolvenzschuldner mit Hilfe des Anspruchs aus § 2314 Abs. 1 BGB die für Vergleichsverhandlungen erforderliche Informationsgrundlage verschaffen. Aber auch zum Abschluss des Vergleichsvertrags selbst in seinen drei denkbaren Varianten¹⁵¹ ist der Insolvenzschuldner vor anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO befugt,¹⁵² ohne dass er hierfür der Mitwirkung des Insolvenzverwalters bedürfte¹⁵³: Sowohl zum vollständigen¹⁵⁴ oder teilweisen¹⁵⁵ Verzicht als auch zum vollständigen oder auch nur teilweisen Anerkenntnis des insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag¹⁵⁶ besitzt der Insolvenzschuldner auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die erforderliche Rechtsmacht.

Nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO freilich kommt der Abschluss eines Vergleichsvertrags, der den teilweisen oder vollständigen Verzicht des Insolvenzschuldners auf seinen Pflichtteilsanspruch beinhaltet, nicht mehr in Betracht, weil es dem Insolvenzschuldner dann an der dafür erforderlichen Verfügungsbefugnis fehlt.¹⁵⁷ Ein Vergleichsvertrag, mit welchem der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs das Bestehen dieses Anspruchs gegenüber dem Insolvenzschuldner ganz oder teilweise anerkennt und sich der Insolvenzschuldner im Gegenzug zu einer anderweitigen Leistung aus einem insolvenzfreien Vermögen verpflichtet, ist zwar denkbar, hier aber nicht weiter von Interesse.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend zu den sonstigen Befugnissen des Insolvenzschuldners in Bezug auf seinen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch ist festzuhalten, dass

¹⁴⁹ So sogar, freilich noch unter Geltung der KO, *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (126).

¹⁵⁰ Oben unter § 8.II.1. (S. 199).

¹⁵¹ Vgl. zu den drei denkbaren Varianten des Vergleichsvertrags oben unter § 4.V.2.a)bb)(2) (S. 101).

¹⁵² *Hannich*, S. 172.

¹⁵³ So aber, noch unter Geltung der KO, *Klumpp*, ZEV 1998, 123 (126).

¹⁵⁴ Dazu oben unter § 8.II.3.b) (S. 201).

¹⁵⁵ Dazu oben unter § 8.II.3.c) (S. 203).

¹⁵⁶ Dazu oben unter § 8.I.3.a) (S. 179).

¹⁵⁷ Anders aber im Tatbestand von BGH, Beschl. v. 07.04.2016 – IX ZB 69/15, ZIP 2016, 1078 (Rn. 2).

der Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch aus § 2314 Abs. 1 BGB zunächst weiter dem Insolvenzschuldner selbst zusteht und erst ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden kann. Unbeschadet einer etwaigen insolvenzrechtlichen Pflicht oder Obliegenheit zur Geltendmachung besitzt der Insolvenzschuldner die Rechtsmacht, seinen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch schlicht nicht geltend zu machen. Nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO kann der Insolvenzschuldner auf seinen Pflichtteilsanspruch nicht mehr durch Erlassvertrag nach § 397 Abs. 1 BGB verzichten. Vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO hingegen steht es ihm frei, ganz oder teilweise auf den insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch zu verzichten und mit dem Schuldner dieses Anspruchs einen entsprechenden Vergleichsvertrag zu schließen.

III. Pflicht oder Obliegenheit des Insolvenzschuldners zur Geltendmachung

Nach Erörterung der Fragen, inwiefern der Insolvenzschuldner trotz der Insolvenzbefangenheit seines Pflichtteilsanspruchs die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO herbeiführen kann und welche sonstigen rechtlichen Befugnisse ihm in Bezug auf seinen Pflichtteilsanspruch zustehen, ist weiter zu untersuchen, inwieweit Pflichten oder Obliegenheiten des Insolvenzschuldners bestehen können, die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO herbeizuführen. Hierfür ist danach zu unterscheiden, ob der Pflichtteilsanspruch noch vor oder erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens entstanden ist.

1. Entstehung des Pflichtteilsanspruchs vor Beendigung des Insolvenzverfahrens

Ist der Pflichtteilsanspruch vor Eröffnung oder während des Laufs des Insolvenzverfahrens entstanden, ist er nach den obigen Ausführungen¹⁵⁸ ein – in seiner Verwertbarkeit durch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO aufschiebend bedingter – Bestandteil der Insolvenzmasse. Wie dargelegt,¹⁵⁹ steht es dem Insolvenzschuldner offen, auch nach Eintritt der Insolvenzbefangenheit seines Pflichtteilsanspruchs die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO herbeizuführen.

a) Geltendmachungspflicht aus den Regelungen über das Insolvenzverfahren

Aus den Regelungen über das Insolvenzverfahren als solches ergibt sich aber weder eine Pflicht noch eine Obliegenheit des Insolvenzschuldners, seinen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen. Auch ohne § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO auf den Pflichtteilsanspruch analog anzuwenden, folgt das Fehlen einer Geltendmachungspflicht oder -obliegenheit unmittelbar aus § 852

¹⁵⁸ Oben unter § 7 (S. 161).

¹⁵⁹ Oben unter § 8.I. (S. 176).

Abs. 1 ZPO im Zusammenspiel mit § 36 Abs. 1 InsO und ist allgemein anerkannt.¹⁶⁰

Ganz vereinzelt wird zwar aus § 97 Abs. 2 InsO eine Pflicht des Insolvenzschuldners hergeleitet, den insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch an den Insolvenzverwalter abzutreten und diejenigen Willenserklärungen abzugeben, die zur Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag erforderlich sind, oder den Insolvenzverwalter zu bevollmächtigen, den abgetretenen Pflichtteilsanspruch rechtshängig zu machen.¹⁶¹ Dabei wird aber verkannt, dass die Mitwirkungspflicht des Insolvenzschuldners aus § 97 Abs. 2 InsO zwar die Abgabe aller zur Realisierung von Vermögenswerten der Insolvenzmasse notwendigen Erklärungen umfasst,¹⁶² dass sich diese Mitwirkungspflicht aber auf grundsätzlich für die Insolvenzmasse verwertbares Vermögen beschränkt. Nach dem Wortlaut des § 97 Abs. 2 InsO hat der Insolvenzschuldner den Insolvenzverwalter bei der Erfüllung von dessen Aufgaben zu unterstützen. Die Verwertung von Bestandteilen der Insolvenzmasse, deren Verwertbarkeit nach der gesetzlichen Regelung durch Vornahme einer im Belieben des Insolvenzschuldners stehenden Handlung aufschiebend bedingt ist, gehört aber nicht zu den Aufgaben des Insolvenzverwalters. Es liefe auf einen Zirkelschluss hinaus, dessen ungeachtet § 97 Abs. 2 InsO eine Verpflichtung des Insolvenzschuldners zur Vornahme einer solchen Handlung zu entnehmen.

b) Geltendmachungsobliegenheit aus den Regelungen über das Restschuldbefreiungsverfahren

Eine Obliegenheit des Insolvenzschuldners, seinen noch vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen, könnte sich aus den Regelungen über das Restschuldbefreiungsverfahren in den § 286 – § 303 InsO ergeben. Diese Regelungen haben mit dem Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte (GIRStG) vom 15. Juli 2013¹⁶³ einige bedeutsame Änderungen erfahren, welche größtenteils am 1. Juli 2014 in Kraft getreten sind.

Ist der Pflichtteilsanspruch bereits vor dem Antrag des Insolvenzschuldners auf Restschuldbefreiung entstanden, der nach § 287 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 InsO mit dem Antrag des Insolvenzschuldners auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbunden werden soll oder alsbald danach zu stellen ist, kann im Rahmen der Stundung der Verfahrenskosten nach § 4a InsO eine Geltendmachungsobliegenheit bestehen. Möchte der Insolvenzschuldner die Durchführung

¹⁶⁰ Etwa BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, NJW-RR 2010, 121 (Rn. 8); BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, NJW 2011, 1448 (Rn. 10); *Vallender*, WuB VI A. § 203 InsO 1.11, 223 (223 f.); *Kroth*, in: Braun, § 83 Rn. 6; *Mock*, in: Uhlenbruck, § 83 Rn. 25; *Schumann*, in: MünchKomm-InsO, § 83 Rn. 16 f.

¹⁶¹ *Busch*, ZVI 2011, 77 (81).

¹⁶² So *Busch*, ZVI 2011, 77 (81).

¹⁶³ BGBl. 2013 I S. 2379 (Nr. 38).

des Insolvenzverfahrens mit der anschließenden Möglichkeit der Restschuldbefreiung erreichen, so wird von ihm nämlich verbreitet gefordert, einen ihm zustehenden Pflichtteilsanspruch geltend zu machen und das dabei realisierbare Vermögen zur Begleichung der Verfahrenskosten zu verwenden. Hierzu wurde bereits im ersten Teil der Arbeit im Zusammenhang mit einer prozesskostenhilferechtlichen Geltendmachungsobliegenheit Stellung genommen.¹⁶⁴ Im Folgenden bleibt zu untersuchen, inwiefern sich aus § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO oder aus § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO eine Obliegenheit zur Geltendmachung eines vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruchs ergeben kann.

aa) § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO

Sehr vereinzelt wird eine Obliegenheit des Insolvenzschuldners zur Geltendmachung – in Anlehnung an § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zumindest der Hälfte – seines Pflichtteilsanspruchs während des Laufs des Insolvenzverfahrens und darüber hinaus mit der Erwägung begründet, dass die Nichtgeltendmachung eine Verschwendung von Vermögen im Sinne des § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO darstelle.¹⁶⁵ Eine Vermögensverschwendung nach § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO setzt jedoch den Verzehr von Vermögenswerten außerhalb einer sinnvollen und nachvollziehbaren Verhaltensweise voraus, wie sie etwa bei einem unangemessen luxuriösen Lebensstil gegeben ist.¹⁶⁶ Dass die Ausschlagung einer Erbschaft keine Vermögensverschwendung darstellen kann, folgt aus der Wertung des § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO.¹⁶⁷ Ebenso ergibt sich für den Pflichtteilsanspruch aus der Vorschrift des § 852 Abs. 1 ZPO, welche den Schutz der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers bezweckt,¹⁶⁸ dass das Gebrauchmachen von dieser Entscheidungsfreiheit in einer bestimmten Weise keinesfalls als nicht nachvollziehbare Verhaltensweise gewertet werden kann. Die Nichtgeltendmachung des insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs stellt also keine Verschwendung von Vermögen im Sinne des § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO dar.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Oben unter § 3.II.3.c) (S. 49).

¹⁶⁵ *Windel*, KTS 1995, 367 (406); so zumindest für die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses sowie für die Nichtgeltendmachung eines Vermächtnisanspruchs *Bartels*, KTS 2003, 41 (64–66).

¹⁶⁶ BGH, Beschl. v. 21.09.2006 – IX ZB 24/06, NJW-RR 2007, 116 (Rn. 9); BGH, Beschl. v. 03.05.2009 – IX ZB 141/08, NJW-RR 2009, 984 (Rn. 10); *Pehl*, in: Braun, § 290 Rn. 25; *Römermann*, in: Nerlich/Römermann, § 290 Rn. 69; *Stephan*, in: MünchKomm-InsO, § 290 Rn. 47.

¹⁶⁷ LG Mainz, Beschl. v. 23.04.2003 – 8 T 79/03, ZInsO 2003, 525 (525); *Pehl*, in: Braun, § 290 Rn. 25.

¹⁶⁸ Dazu oben unter § 4.II. (S. 61).

¹⁶⁹ *Messner*, FS Runkel, 431 (438).

bb) § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO

Nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO obliegt es dem Insolvenzschuldner, Vermögen, das er von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erwirbt, zur Hälfte des Wertes an den Treuhänder herauszugeben. Es ist zu fragen, ob diese Obliegenheit auch einen bereits vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch erfasst. Freilich gelten die Obliegenheiten des § 295 Abs. 1 InsO – wie von der Rechtsprechung schon zur alten Fassung dieser Vorschrift entschieden¹⁷⁰ und wie nach der seit 1. Juli 2014 geltenden Fassung im Wortlaut der Vorschrift ausgedrückt – nur „in dem Zeitraum zwischen Beendigung des Insolvenzverfahrens und dem Ende der Abtretungsfrist“. Mithin kann der Insolvenzschuldner während des noch laufenden Insolvenzverfahrens nicht durch § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zur Geltendmachung seines noch vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruchs gehalten sein. Denkbar wäre aber grundsätzlich, dass die Obliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO ab Beendigung des Insolvenzverfahrens auch für einen noch vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch gelten könnte.

Unabhängig von der Frage, inwiefern § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO überhaupt auf Pflichtteilsansprüche anwendbar ist,¹⁷¹ setzt diese Vorschrift jedoch voraus, dass der Insolvenzschuldner das betreffende Vermögen während der Geltung der Obliegenheit, mithin erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens, „erwirbt“. Sollte die Obliegenheit auch für bereits zuvor erworbenes Vermögen gelten, müsste im Wortlaut der Vorschrift neben „erwirbt“ auch „oder erworben hat“ stehen. Auf einen noch vor Beendigung des Insolvenzverfahrens erworbenen Pflichtteilsanspruch findet § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO damit von vornherein keine Anwendung.¹⁷² In der Sache ist dies auch nicht erforderlich, weil die Behandlung des noch vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen und damit in die Insolvenzmasse fallenden Pflichtteilsanspruchs in den Vorschriften über das Insolvenzverfahren als solches mit der Möglichkeit der Nachtragsverteilung¹⁷³ abschließend geregelt ist.

Da der Pflichtteilsanspruch nach § 2317 Abs. 1 BGB mit dem Erbfall entsteht,¹⁷⁴ kommt es für die Zuordnung des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse oder zum – grundsätzlich dem Anwendungsbereich des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO unterfallenden¹⁷⁵ – Neuerwerb während des Restschuldbefreiungsverfahrens darauf an, ob der Erbfall vor oder nach Beendigung des Insolvenzverfahrens stattfindet. Beendet werden kann das Insolvenzverfahren zum einen

¹⁷⁰ BGH, Beschl. v. 18.12.2008 – IX ZB 249/07, NJW-RR 2009, 632 (Rn. 8–12); kritisch *Windel*, KTS 1995, 367 (406).

¹⁷¹ Dazu unten unter § 8.III.2. (S. 211).

¹⁷² BGH, Beschl. v. 16.07.2009 – IX ZB 72/09, ZInsO 2009, 1831 (Rn. 9); *Kiesbye*, jurisPR-InsR 8/2009 Anm. 1 (unter D.). A.A. aber *Menzel*, S. 191.

¹⁷³ Dazu unten unter § 8.IV.2.a) (S. 236).

¹⁷⁴ Dazu oben unter § 1.VI. (S. 23).

¹⁷⁵ Dazu sogleich näher unter § 8.III.2. (S. 211).

durch Wirksamwerden des nach § 200 InsO oder § 258 InsO ergehenden Aufhebungsbeschlusses.¹⁷⁶ Für die Wirksamkeit des Aufhebungsbeschlusses ist allein auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung abzustellen; auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe des Beschlusses kommt es nicht an.¹⁷⁷ Ist im Aufhebungsbeschluss die Stunde seiner Fassung nicht angegeben, ist in analoger Anwendung des § 27 Abs. 3 InsO auf die Mittagsstunde des Tages der Beschlussfassung abzustellen.¹⁷⁸ Zum anderen kann das Insolvenzverfahren durch Einstellung nach den § 207 – § 216 InsO beendet werden. Da § 215 Abs. 1 Satz 2 InsO für den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Einstellung ausdrücklich auf § 9 Abs. 1 Satz 3 InsO verweist, wird die Beendigung des Insolvenzverfahrens durch Einstellungsbeschluss, anders als bei der Aufhebung, nicht bereits mit der Fassung des Beschlusses, sondern erst nach Ablauf von zwei Tagen nach der Veröffentlichung des Beschlusses wirksam.¹⁷⁹

In Übereinstimmung mit einer höchstrichterlichen Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2009¹⁸⁰ hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte in § 300a InsO die Situation geregelt, dass die sechsjährige Abtretungsfrist des § 287 Abs. 2 InsO endet oder die Voraussetzungen für eine vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung nach § 300 Abs. 1 Satz 2 InsO vorliegen, bevor das Insolvenzverfahren beendet ist. Nach § 300a Abs. 1 Satz 1 InsO gehört im Fall der Erteilung der Restschuldbefreiung ein Pflichtteilsanspruch, den der Insolvenzschuldner zwischen dem in § 300a Abs. 1 Satz 1 InsO bestimmten Zeitpunkt und der Beendigung des Insolvenzverfahrens erwirbt, nicht mehr zur Insolvenzmasse, sondern zum insolvenzfreien Neuerwerb des Insolvenzschuldners. Bis zur rechtskräftigen Erteilung der Restschuldbefreiung ist ein solcher Pflichtteilsanspruch nach § 300a Abs. 2 Satz 1 InsO aber vom Insolvenzverwalter treuhänderisch zu verwalten. Die Frage, ob der Pflichtteilsanspruch dem zeitlichen Anwendungsbereich der Obliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO unterfallen kann, stellt sich nicht, weil in den von § 300a Abs. 1 Satz 1 InsO erfassten Fällen die

¹⁷⁶ BGH, Beschl. v. 18.12.2008 – IX ZB 249/07, NJW-RR 2009, 632 (Rn. 12); BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, NJW-RR 2010, 121 (Rn. 9); BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, NJW 2011, 1448 (Rn. 8); *Haas/Vogel*, KTS 2011, 387 (389 f. mit Fn. 12); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (179 f.); *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 153.

¹⁷⁷ BGH, Beschl. v. 15.07.2010 – IX ZB 229/07, BGHZ 186, 223 (Rn. 5–8); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (180 mit Fn. 44); *Bork*, Rn. 358; *Westphal*, in: Nerlich/Römermann, § 200 Rn. 3a. Hingegen unter Anwendung von § 9 Abs. 1 Satz 3 InsO auf den dritten Tag nach der Veröffentlichung des Beschlusses abstellend *Hintzen*, in: MünchKomm-InsO, § 200 Rn. 17. Unklar *Wegener*, in: Uhlenbruck, § 200 Rn. 14.

¹⁷⁸ BGH, Beschl. v. 15.07.2010 – IX ZB 229/07, BGHZ 186, 223 (Rn. 9); *Westphal*, in: Nerlich/Römermann, § 200 Rn. 3a.

¹⁷⁹ *Bork*, Rn. 363; *Hefermehl*, in: MünchKomm-InsO, § 207 Rn. 49, § 215 Rn. 6; *Kießner*, in: Braun, § 207 Rn. 31, § 215 Rn. 3; *Ries*, in: Uhlenbruck, § 207 Rn. 45; *Westphal*, in: Nerlich/Römermann, § 207 Rn. 42, § 215 Rn. 9.

¹⁸⁰ BGH, Beschl. v. 03.12.2009 – IX ZB 247/08, BGHZ 183, 258.

Restschuldbefreiung bereits erteilt ist. Eine Pflicht oder Obliegenheit zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs kann dann nicht bestehen.

c) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist für den vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch festzuhalten, dass sich für den Insolvenzschuldner weder aus den Regelungen über das Insolvenzverfahren noch aus den Regelungen über das Restschuldbefreiungsverfahren – abgesehen von dem Fall der Stundung der Verfahrenskosten nach § 4a InsO¹⁸¹ – eine Pflicht oder eine Obliegenheit ergibt, seinen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen. Hat der Erbfall noch vor Wirksamwerden der Beendigung des Insolvenzverfahrens stattgefunden, steht es dem Insolvenzschuldner folglich völlig frei, ob und wann er die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO herbeiführen möchte.¹⁸²

Diese Rechtslage bedeutet, auch wenn der vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandene Pflichtteilsanspruch bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO voll zugunsten der Insolvenzgläubiger zu verwerten ist,¹⁸³ nicht notwendigerweise, dass der Insolvenzschuldner in keinem Fall Gründe dafür haben kann, sich für die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu entscheiden.¹⁸⁴ Vielmehr kann er sogar ein wirtschaftliches Interesse an der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs haben, weil diese zur Erlangung der vorzeitigen Restschuldbefreiung nach § 300 Abs. 1 Satz 2 InsO beitragen kann.

Freilich wäre die Motivation des Insolvenzschuldners, sich für die Geltendmachung eines vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruchs zu entscheiden, noch größer, wenn er diesen zumindest teilweise für sich behalten dürfte. Rechtspolitisch erscheint es durchaus erwägenswert, den vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch im Fall der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht vollumfänglich den Insolvenzgläubigern, sondern ihn – etwa wie in § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zur Hälfte – auch dem Insolvenzschuldner zugute kommen zu lassen. Gegenüber der mit dogmatischen Schwierigkeiten verbundenen Option, den Pflichtteilsanspruch dafür nur teilweise als insolvenzbefangenen anzusehen, dürfte es sich als einfacher erweisen, den Pflichtteilsanspruch zwar voll zur Insolvenzmasse zu rechnen, dem Insolvenzschuldner aber einen entsprechenden Auszahlungsanspruch gegen die Masse zuzuerkennen. Im hiesigen Zusammenhang hat es jedoch bei der Akzeptanz der gesetzgeberischen Entscheidung zu verblei-

¹⁸¹ Dazu oben unter § 3.II.3.c) (S. 49).

¹⁸² Zu den Rechtsfolgen bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO in Bezug auf den vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch unten unter § 8.IV.1. (S. 231).

¹⁸³ Zur Verwertung durch den Insolvenzverwalter unten unter § 8.IV. (S. 231).

¹⁸⁴ So aber die Befürchtung von *Vallender*, WuB VI A. § 203 InsO 1.11, 223 (224).

ben, für den vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch keine Teils-teils-Lösung vorzusehen, sondern es bei dem im Gesetz angelegten Alles-oder-nichts-Prinzip zu belassen. Wie auch bei der Erbschaft und dem Vermächtnis, die im Falle ihrer – nach § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO dem Insolvenzschuldner zustehenden – Annahme als dann endgültiger Bestandteil der Insolvenzmasse vollumfänglich den Insolvenzgläubigern zugute kommen,¹⁸⁵ fehlt es *de lege lata* an einer Handhabe dafür, den Insolvenzschuldner teilweise an einem vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch teilhaben zu lassen und ihn so zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu motivieren.

2. Entstehung des Pflichtteilsanspruchs nach Beendigung des Insolvenzverfahrens

Entsteht der Pflichtteilsanspruch erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens, kommt zwar keine Pflicht zur Geltendmachung des dann nicht insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs in Betracht, jedoch könnte sich aus § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO eine Geltendmachungsobliegenheit ergeben.

a) Herausgabeobliegenheit nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO

Außer Frage steht, dass § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO ab dem Zeitpunkt greift, in welchem der Insolvenzschuldner die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bewirkt hat. Der Pflichtteilsanspruch zählt dann zu dem von Todes wegen erworbenen Vermögen, welches der Insolvenzschuldner nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zur Hälfte des Wertes an den Treuhänder herauszugeben hat.¹⁸⁶ Dass § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO auch den Pflichtteilsanspruch erfasst, steht in Einklang mit dem in der Gesetzesbegründung zu § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO ausdrücklich in Bezug genommenen¹⁸⁷ und insoweit identisch formulierten § 1374 Abs. 2 BGB,¹⁸⁸ dem unstreitig auch der Pflichtteilsanspruch unterfällt.¹⁸⁹ Kommt der Insolvenz-

¹⁸⁵ Etwa BGH, Urt. v. 11.05.2006 – IX ZR 42/05, BGHZ 167, 352 (Rn. 11); BGH, Beschl. v. 15.07.2010 – IX ZB 229/07, BGHZ 186, 223 (Rn. 4); Kroth, in: Braun, § 83 Rn. 4; Mock, in: Uhlenbruck, § 83 Rn. 5.

¹⁸⁶ BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, NJW-RR 2010, 121 (Rn. 9); Bartels, KTS 2003, 41 (66); Geitner, S. 29; Haas/Vogel, KTS 2011, 387 (389); Ihrig, NotBZ 2011, 345 (350); Lehmann, S. 152; Muscheler, Erbrecht, Rn. 4138; Ehrlicke, in: MünchKomm-InsO, § 295 Rn. 53; Grziwotz, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, § 2317 Rn. 39; Römermann, in: Nerlich/Römermann, § 295 Rn. 20.

¹⁸⁷ BT-Drs. 12/2443, 192.

¹⁸⁸ BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, NJW-RR 2010, 121 (Rn. 9); Lehmann, S. 152; Ehrlicke, in: MünchKomm-InsO, § 8295 Rn. 53.

¹⁸⁹ Koch, in: MünchKomm-BGB, § 1374 Rn. 18; Kemper, in: Schulze u. a., § 1374 Rn. 9; Cziupka, in: BeckOK-BGB, § 1374 Rn. 19. Gegen den Rückgriff auf § 1374 Abs. 2 BGB mit

schuldner nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO seiner Herausgabeobliegenheit in Bezug auf die Hälfte des Wertes des Pflichtteilsanspruchs schuldhaft nicht nach und beeinträchtigt er dadurch die Befriedigung der Insolvenzgläubiger, versagt das Insolvenzgericht nach § 296 Abs. 1 Satz 1 InsO oder nach § 300 Abs. 3 InsO in Verbindung mit § 296 Abs. 1 Satz 1 InsO auf Antrag eines Insolvenzgläubigers die Restschuldbefreiung, wenn dieser Antrag gemäß § 296 Abs. 1 Satz 2 InsO innerhalb eines Jahres ab Bekanntwerden der Obliegenheitsverletzung gestellt wird.

Fraglich ist aber, worauf sich bei einem geltend gemachten Pflichtteilsanspruch die Herausgabeobliegenheit bezieht und wie zu verfahren ist, wenn der Pflichtteilsanspruch nicht rechtzeitig durchgesetzt werden kann.

aa) Gegenstand der Herausgabeobliegenheit

Hinsichtlich des genauen Gegenstands der Herausgabeobliegenheit ist der Wortlaut des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht eindeutig, wenn dort einerseits auf das erworbene „Vermögen“ als solches abgestellt wird, dies andererseits aber nur „zur Hälfte des Wertes“ herauszugeben ist.¹⁹⁰ Überwiegend wird aus dem Umstand, dass die Verwertung von Vermögen des Insolvenzschuldners nicht nach § 292 InsO zu den Aufgaben und Befugnissen des Treuhänders zählt, geschlossen, dass der Insolvenzschuldner zur Erfüllung der Herausgabeobliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO den entsprechenden Betrag in Geld an den Treuhänder zu zahlen habe. Zur Übertragung von Vermögensgegenständen als solchen auf den Treuhänder sei er weder berechtigt noch obliege ihm diese.¹⁹¹ Insbesondere im Falle einer Erbengemeinschaft könne der Insolvenzschuldner nicht einfach seinen Miterbenanteil auf den Treuhänder übertragen, sondern habe selbst die Erbauseinandersetzung zu betreiben, um die Hälfte des Wertes seines Miterbenanteils in Geld an den Treuhänder auszahlen zu können.¹⁹² Allein zur Abwehr

Hinweis darauf, dass § 1374 Abs. 2 BGB anders als § 295 Abs. 2 Nr. 1 InsO auch Schenkungen erfasse und dass sich die Regelungszwecke der beiden Vorschriften diametral entgegenstünden, weil § 1374 Abs. 2 BGB durch die Hinzurechnung zum Anfangsvermögen Vermögensbestandteile dem Zugriff des anderen Ehegatten entziehe, wohingegen § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO gerade die Gläubigerpartizipation eröffne, *Kessler*, RNotZ 2003, 557 (558, 560).

¹⁹⁰ BGH, Beschl. v. 10.01.2013 – IX ZB 163/11, NJW 2013, 870 (Rn. 8); *Reimann*, FamRZ 2013, 451 (449); *Wollmann*, ZEV 2013, 271 (271). Den Wortlaut hingegen als im Sinne einer Zahlungsobliegenheit für eindeutig haltend *Busch*, ZVI 2011, 77 (83).

¹⁹¹ BGH, Beschl. v. 10.01.2013 – IX ZB 163/11, NJW 2013, 870 (Rn. 7–10); *Busch*, ZVI 2011, 77 (83); *Kessler*, RNotZ 2003, 557 (261); *Messner*, FS Runkel, 431 (443); *Häsemeyer*, Rn. 26.53; *Ahrens*, in: Kohte u. a., § 295 Rn. 96; *Ahrens*, in: FK-InsO, § 295 Rn. 96; *Römermann*, in: Nerlich/Römermann, § 295 Rn. 25; *Sternal*, in: Uhlenbruck, § 295 Rn. 31 f.; *Wenzel*, in: KPb, 58. Lfg. 4/14, § 295 Rn. 30.

¹⁹² BGH, Beschl. v. 10.01.2013 – IX ZB 163/11, NJW 2013, 870 (Rn. 11–14); *Ahrens*, in: Kohte u. a., § 295 Rn. 96; *Pehl*, in: Braun, § 295 Rn. 14; *Sternal*, in: Uhlenbruck, § 295 Rn. 31 f. Hingegen für die Befugnis oder sogar die Obliegenheit des Insolvenzschuldners, seinen Miter-

des Zugriffs von Neugläubigern wird die Übertragung von Nachlasswerten auf den Treuhänder erwogen.¹⁹³

bb) Schwierigkeiten bei der Realisierung des Vermögenswerts

Für den gesetzlich nicht geregelten Fall, dass dem Insolvenzschuldner die Realisierung des Vermögenswertes bis zum Ablauf der Abtretungsfrist nicht gelingt, werden unterschiedliche Lösungen vertreten.

Teilweise wird davon ausgegangen, dass den sich redlich um die Verwertung bemühenden Insolvenzschuldner kein Verschulden im Sinne des § 296 Abs. 1 Satz 1 InsO treffe, sodass ihm nach Ablauf der Abtretungsfrist die Restschuldbefreiung zu erteilen sei.¹⁹⁴ Gelingt dem Insolvenzschuldner nach Erteilung der Restschuldbefreiung die Verwertung dann doch noch, könnte er eigentlich das Vermögen in vollem Umfang behalten, was aber als unbillig gegenüber den Insolvenzgläubigern empfunden wird.¹⁹⁵ Zur Vermeidung dieser Konsequenz wird deshalb vorgeschlagen, dass die Gläubigerversammlung¹⁹⁶ oder das Insolvenzgericht¹⁹⁷ den Treuhänder in analoger Anwendung des § 292 Abs. 2 InsO beauftragt und ermächtigt, sich ausnahmsweise doch das vom Insolvenzschuldner erworbene Vermögen zur Hälfte abtreten zu lassen und es auch nach Erteilung der Restschuldbefreiung noch zugunsten der Insolvenzgläubiger zu verwerten. Bei Erteilung der Restschuldbefreiung nach § 300 InsO sei dann vom Insolvenzgericht der Vorbehalt zu machen, dass das Amt des Treuhänders insoweit fortbestehe.¹⁹⁸

Demgegenüber vertritt die höchstrichterliche Rechtsprechung in zweckbezogener Rechtsfortbildung die Auffassung, dass das Insolvenzgericht die Entscheidung über die Restschuldbefreiung nach § 300 InsO solange aufzuschieben habe, wie der Insolvenzschuldner nachvollziehbar darlegt und in geeigneter Weise beweist, dass er die Verwertung betreibt, sie ihm aber noch nicht gelungen ist. Lediglich dann, wenn der Insolvenzschuldner die Undurchführbarkeit der Verwertung darlege und beweise, sei ihm – unter Verneinung seines Verschuldens im Sinne des § 296 Abs. 1 Satz 1 InsO für die objektiv bestehende Verletzung der Herausgabeobligiegenheit aus § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO – die Restschuldbefreiung zu erteilen.¹⁹⁹ Unklar bleibt dabei freilich, auf welchen zeitlichen Horizont sich die Undurchführbarkeit der Verwertung beziehen muss.²⁰⁰

benanteil nach § 2033 Abs. 1 BGB zur Hälfte auf den Treuhänder zu übertragen, *Ehricke*, in: MünchKomm-InsO, § 295 Rn. 67; *Römermann*, in: Nerlich/Römermann, § 295 Rn. 28.

¹⁹³ BGH, Beschl. v. 10.01.2013 – IX ZB 163/11, NJW 2013, 870 (Rn. 15); *Messner*, ZVI 2004, 433 (435); *Wenzel*, in: KPB, 58. Lfg. 4/14, § 295 Rn. 30.

¹⁹⁴ *Busch*, ZVI 2011, 77 (83 f.); *Kesseler*, RNotZ 2003, 557 (261).

¹⁹⁵ *Messner*, FS Runkel, 431 (443 f.).

¹⁹⁶ *Messner*, FS Runkel, 431 (444 f.).

¹⁹⁷ *Sternal*, in: Uhlenbruck, § 295 Rn. 32.

¹⁹⁸ *Messner*, FS Runkel, 431 (445).

¹⁹⁹ BGH, Beschl. v. 10.01.2013 – IX ZB 163/11, NJW 2013, 870 (Rn. 19).

²⁰⁰ *Reimann*, FamRZ 2013, 451 (451).

cc) *Folgerungen für die Herausgabeobliegenheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers*

Für die hier interessierende Konstellation, dass für einen nach Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt sind, folgt aus diesen Erwägungen, dass der Insolvenzschuldner seinen Pflichtteilsanspruch grundsätzlich nicht etwa zur Hälfte auf den Treuhänder übertragen kann und muss; vielmehr ist er nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO gehalten, die Hälfte des Wertes seines Pflichtteilsanspruchs an den Treuhänder zu zahlen. Gelingt ihm die Durchsetzung seines Pflichtteilsanspruchs bis zum Ablauf der Abtretungsfrist nicht und kann er sich auch nicht anderweitig Liquidität beschaffen, hat er seine redlichen Durchsetzungsbemühungen darzulegen und zu beweisen, woraufhin das Insolvenzgericht nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Entscheidung über die Erteilung der Restschuldbefreiung aufzuschieben hat. Erst bei Darlegung und Beweis der Undurchführbarkeit der Realisierung seines Pflichtteilsanspruchs ist ihm die Restschuldbefreiung mit der Folge zu erteilen, dass er spätere Zahlungen auf seinen Pflichtteilsanspruch vollumfänglich für sich behalten darf.

Für den Ansatz, mit Zustimmung der Gläubigerversammlung oder des Insolvenzgerichts eine hälftige Abtretung des Pflichtteilsanspruchs auf den Treuhänder zuzulassen und diese gegebenenfalls als Bestandteil der Herausgabeobliegenheit zu erachten, spricht zwar, dass die Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs dem Treuhänder im Verhältnis zur rechtlich und tatsächlich oft schwierigen Erbschaftsauseinandersetzung vergleichsweise leicht fallen dürfte. Auch stellt die Verwertung einfacher Geldforderungen durch den Treuhänder keinen systematischen Bruch dar, sofern man § 292 Abs. 1 InsO in Verbindung mit § 287 Abs. 2 InsO mit der herrschenden Meinung die Befugnis und die Aufgabe des Treuhänders entnimmt, die vom Insolvenzschuldner an ihn abgetretenen Forderungen auf laufende Bezüge einzuziehen und erforderlichenfalls gerichtlich durchzusetzen.²⁰¹ Jedoch kann sich auch die Berechnung und Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs als aufwendig und kompliziert erweisen und den Treuhänder vor Schwierigkeiten stellen, welche von dem mit der Sachlage vertrauten Pflichtteilsanspruchsinhaber oft leichter zu meistern sind. Ferner fehlt es für die Verwertung eines Pflichtteilsanspruchs durch den Treuhänder an einer Grundlage im Gesetz. In der Sache erscheint eine Zuweisung dieser Aufgabe an den Treuhänder auch nicht erforderlich. Sollte dem Insolvenzschuldner die Durchsetzung seines Pflichtteilsanspruchs vorübergehend nicht möglich oder von ihm nicht gewünscht sein, dürfte es ihm nicht allzu schwer fallen, zumindest in der Hälfte des Wertes des als Sicherungsmittel zur Verfügung stehenden Pflichtteilsanspruchs einen Kredit zu erhalten.²⁰²

²⁰¹ *Häsemeyer*, Rn. 26.33; *Pehl*, in: Braun, § 292 Rn. 3; *Sternal*, in: Uhlenbruck, § 292 Rn. 30. A.A. etwa *Döbereiner*, S. 342.

²⁰² Vgl. für den Miterbenanteil *Wollmann*, ZEV 2013, 271 (272).

b) Herausgabeobligiegenheit vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO

Umstritten ist, ob sich für den Insolvenzschuldner aus § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Obliegenheit ergeben kann, die noch nicht erfolgte Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO herbeizuführen. Das Bestehen einer solchen Geltendmachungsobligiegenheit wird in der Rechtsprechung und in der Literatur überwiegend²⁰³ verneint.²⁰⁴ Teilweise wird aber auch angenommen, dass es dem Insolvenzschuldner nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO sehr wohl obliege, einen nach Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen und sodann zur Hälfte des Wertes an den Treuhänder herauszugeben.²⁰⁵

aa) Diskussion um das Bestehen einer Geltendmachungsobligiegenheit aus § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO

Die für und gegen die Bejahung einer Geltendmachungsobligiegenheit sprechenden Argumente sind zunächst gegeneinander abzuwägen, bevor die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Verhaltensoptionen und Gestaltungsmöglichkeiten aufgezeigt und überprüft werden können.

²⁰³ Unzutreffend als Mindermeinung bezeichnet bei *Menzel*, S. 188.

²⁰⁴ BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, NJW-RR 2010, 121 (Rn. 13–15); BGH, Beschl. v. 16.07.2009 – IX ZB 72/09, ZInsO 2009, 1831 (Rn. 9); *Busch*, ZVI 2011, 77 (82); *Deutsches Notarinstitut*, DNotI-Report 2003, 179 (181); *Dietzel*, VIA 2011, 35; *Floeth*, FamRZ 2010, 460 (462 f.); *Haas/Vogel*, KTS 2011, 387 (389); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (189); *Hartmann*, ZNotP 2005, 82 (82 f.); *Herrler*, NJW 2011, 2258 (2258); *Limmer*, ZEV 2004, 133 (137); *Messner*, ZVI 2004, 433 (439); *Messner*, FS Runkel, 431 (439); *Schmerbach*, NZI 2009, 552; *Schumacher-Hey*, RNotZ 2004, 544 (557); *Vallender*, WuB VI A. § 203 InsO 1.11, 223 (224); *Döbereiner*, S. 166 f.; *Eckhardt*, S. 108–109; *Geitner*, S. 30; *Firsching/Graf*, Rn. 1.440; *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 4139; *A. Schmidt*, Ratgeber, unter VII.5.; *Andres*, in: *Andres/Leithaus*, § 295 Rn. 6; *Grziwotz*, in: *Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt*, § 2317 Rn. 43; *Pehl*, in: *Braun*, § 295 Rn. 14; *Römermann*, in: *Nerlich/Römermann*, § 295 Rn. 20; *Schumann*, in: *MünchKomm-InsO*, § 83 Rn. 17; *Sternal*, in: *K. Schmidt*, *InsO*, § 83 Rn. 19; *Sternal*, in: *Uhlenbruck*, § 295 Rn. 26; *Weidlich*, in: *Palandt*, § 2317 Rn. 8; *Wenzel*, in: *KPB*, 58. Lfg. 4/14, § 295 Rn. 31; in diese Richtung auch *Wälzholz*, *FamRB* 2006, 252 (253). Diese Rechtsprechung als sachlich nicht gerechtfertigt erachtend *Jahreis*, *jurisPR-FamR* 14/2011 Anm. 2 (unter D.). Diese Rechtslage als nicht befriedigend ansehend *Andres*, in: *Andres/Leithaus*, § 295 Rn. 6.

²⁰⁵ *Deutsches Notarinstitut*, DNotI-Report 2003, 179 (182); *Frank*, FS Leipold, 983 (992 f.); *Menzel*, S. 189–191; *Thora*, ZInsO 2002, 176 (177–179) (mit der Einschränkung, dass die Geltendmachung dem Pflichtteilsanspruchsinhaber zumutbar sein muss); *Ahrens*, in: *Kohte u. a.*, § 295 Rn. 86; so wohl auch, wenn auch nicht ganz klar, *Ehrlicke*, in: *MünchKomm-InsO*, § 295 Rn. 57; in diese Richtung auch *Menzel*, *MittBayNot* 2010, 54 (54).

(1) Wortlaut und Vergleich mit der Situation im Insolvenzverfahren

Der Wortlaut des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist für die Beantwortung der Frage nach dem Bestehen einer Geltendmachungsobliegenheit wenig ergiebig. Einerseits wird aus der Formulierung „erwirbt“ nämlich hergeleitet, dass es auf das tatsächlich erworbene Vermögen ankomme und dass die bloße Möglichkeit des Erwerbs nicht ausreiche.²⁰⁶ Andererseits wird vertreten, dass der Pflichtteilsanspruch auch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO schon erworbenes Vermögen darstelle,²⁰⁷ der Wortlaut spreche also klar für das Bestehen einer Geltendmachungsobliegenheit.²⁰⁸ Angesichts dieser konträren Positionen ist der Wortlaut der Norm mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung²⁰⁹ jedenfalls als nicht eindeutig anzusehen.

Nicht weiterführend ist auch der Erst-recht-Schluss daraus, dass für den Insolvenzschuldner während des Insolvenzverfahrens keinerlei Pflicht oder Obliegenheit zur Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs besteht.²¹⁰ Teilweise wird zwar behauptet, dass für das anschließende Restschuldbefreiungsverfahren dann keine strengeren Regelungen gelten könnten.²¹¹ Dabei wird aber das Bestehen gravierender Unterschiede zwischen dem Insolvenz- und dem Restschuldbefreiungsverfahren verkannt. Haftet den Insolvenzgläubigern während des laufenden Insolvenzverfahrens nach § 35 Abs. 1 Var. 2 InsO jeder pfändbare Neuerwerb, so besteht im Restschuldbefreiungsverfahren grundsätzlich keine Obliegenheit, den Insolvenzgläubigern den Zugriff auf den Neuerwerb zu ermöglichen.²¹² Bestehen nicht befriedigte Ansprüche der Insolvenzgläubiger nach Beendigung des Insolvenzverfahrens fort, führt das Restschuldbefreiungsverfahren zum endgültigen Erlöschen der Ansprüche.²¹³ Unbeschadet des Topos, dass die Ausnahmenvorschrift des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO eng auszulegen sei,²¹⁴ kann es im Interesse der Insolvenzgläubiger daher sachlich geboten sein, den Insolvenzschuldner im Restschuldbefreiungsverfahren stärker in die Pflicht

²⁰⁶ LG Mainz, Beschl. v. 23.04.2003 – 8 T 79/03, ZInsO 2003, 525 (525); Ivo, ZErB 2003, 250 (253); Kiesbye, jurisPR-InsR 12/2011 Anm. 1 (unter C.); Messner, FS Runkel, 431 (438); Ehrlicke, in: MünchKomm-InsO, § 295 Rn. 49; Sternal, in: Uhlenbruck, § 295 Rn. 25; Wenzel, in: KPB, 58. Lfg. 4/14, § 295 Rn. 31; so zumindest für die Erbschaft Römermann, in: Nerlich/Römermann, § 295 Rn. 23.

²⁰⁷ Kessler, RNotZ 2003, 557 (560).

²⁰⁸ Haas/Vogel, FS Bengel/Reimann, 173 (189); Hartmann, ZNotP 2005, 82 (82); Floeth, FamRZ 2010, 460 (462); Menzel, MittBayNot 2010, 54 (54).

²⁰⁹ BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, NJW-RR 2010, 121 (Rn. 14).

²¹⁰ Dazu oben unter § 8.III.1. (S. 205).

²¹¹ LG Mainz, Beschl. v. 23.04.2003 – 8 T 79/03, ZInsO 2003, 525 (525); Hartmann, ZNotP 2005, 82 (83); Messner, ZVI 2004, 433 (439); Geitner, S. 30; Sternal, in: Uhlenbruck, § 295 Rn. 25; so zumindest für die Erbschaft und das Vermächtnis Ehrlicke, in: MünchKomm-InsO, § 295 Rn. 49.

²¹² Etwa Floeth, FamRZ 2010, 460 (462).

²¹³ Etwa Lehmann, S. 153.

²¹⁴ Kessler, RNotZ 2003, 557 (560).

zu nehmen als während des Insolvenzverfahrens. So ist der Insolvenzschuldner etwa insolvenzrechtlich grundsätzlich nicht verpflichtet, während des laufenden Insolvenzverfahrens seine Arbeitskraft zugunsten der Insolvenzgläubiger einzusetzen.²¹⁵ Nach § 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist der Insolvenzschuldner hingegen im Restschuldbefreiungsverfahren – und nach dem seit 1. Juli 2014 geltenden § 287b InsO auch bereits ab Beginn der Abtretungsfrist und damit nach § 287 Abs. 2 InsO doch schon ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens – zur Ausübung einer angemessenen Erwerbstätigkeit gehalten. Dass der Insolvenzschuldner während des Insolvenzverfahrens die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht zu bewirken braucht, spricht damit zumindest nicht zwingend gegen das Bestehen einer Geltendmachungsobliegenheit im Restschuldbefreiungsverfahren.

(2) Schutz auch vor wirtschaftlichem Zwang als Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO

Zu fragen ist, ob die Bejahung einer Geltendmachungsobliegenheit mit § 852 Abs. 1 ZPO vereinbar wäre, der bekanntlich die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Anspruchs schützen möchte.²¹⁶ In rechtlicher Hinsicht ist diese Entscheidungsfreiheit durch die Bejahung einer Geltendmachungsobliegenheit nicht beeinträchtigt, da es dem Insolvenzschuldner auch dann weiterhin freisteht, die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht herbeizuführen.²¹⁷ Freilich ist dies mit dem wirtschaftlichen Nachteil verbunden, wegen Verletzung der Obliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO keine Restschuldbefreiung erlangen zu können. Die Frage ist also dahingehend zu präzisieren, ob § 852 Abs. 1 ZPO auch vor dem rein wirtschaftlichen Zwang schützen möchte, zumindest die Hälfte²¹⁸ des Pflichtteilsanspruchs geltend zu machen.²¹⁹

Teilweise wird eine solche Erstreckung des Schutzzwecks des § 852 Abs. 1 ZPO auch auf nur wirtschaftlichen Zwang abgelehnt.²²⁰ Diese Ansicht kann sich etwa darauf berufen, dass auch im Unterhaltsrecht²²¹ und im Sozialrecht²²² Obliegenheiten zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs bestehen

²¹⁵ BGH, Urt. v. 11.05.2006 – IX ZR 247/03, BGHZ 167, 363 (Rn. 16); BGH, Beschl. v. 18.12.2008 – IX ZB 249/07, NJW-RR 2009, 632 (Rn. 11); BGH, Beschl. v. 19.05.2009 – IX ZB 236/07, NJW-RR 2009, 1347 (Rn. 18); BGH, Urt. v. 13.03.2014 – IX ZR 43/12, NJW-RR 2014, 617 (Rn. 22); *Dieckmann*, Insolvenzrecht im Umbruch, 127 (135).

²¹⁶ Vgl. zum Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO oben unter § 4.II. (S. 61).

²¹⁷ *Floeth*, FamRZ 2010, 460 (462); *Menzel*, S. 189.

²¹⁸ Es steht dem Insolvenzschuldner in jedem Fall frei, nur die Hälfte seines Pflichtteilsanspruchs geltend zu machen und an den Treuhänder herauszugeben. Vgl. *Ivo*, ZErB 2003, 250 (255 f.).

²¹⁹ *Deutsches Notarinstitut*, DNotI-Report 2003, 179 (181); *Floeth*, FamRZ 2010, 460 (462); *Lehmann*, S. 153.

²²⁰ *Ivo*, ZErB 2003, 250 (255); *Menzel*, S. 189.

²²¹ Vgl. dazu oben unter § 3.II.2. (S. 44).

²²² Vgl. dazu oben unter § 3.II.3. (S. 46).

können.²²³ Andererseits wird etwa im Erbschaftsteuerrecht die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinheriters auch in nur wirtschaftlicher Hinsicht respektiert, wenn die Steuerlast in § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b ErbStG ausdrücklich an die – im Belieben des Pflichtteilsanspruchsinheriters stehende – Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs anknüpft.²²⁴

Überwiegend werden jedoch die Einschränkungen des Grundsatzes der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinheriters im Unterhalts- und Sozialhilferecht als Ausnahmen empfunden und der Schutzzweck des § 852 Abs. 1 ZPO so weit verstanden, dass er auch bloß wirtschaftlichem Druck zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs entgegensteht.²²⁵ In der Tat dürfte solch ein weites Verständnis des Schutzzwecks des § 852 Abs. 1 ZPO nicht nur dem Willen des historischen Gesetzgebers entsprechen,²²⁶ sondern auch systematisch – zugleich mit Blick auf § 83 Abs. 1 InsO²²⁷ – angebracht sein. Die Freiheit des Insolvenzschuldners, sich gegen die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs zu entscheiden, wäre faktisch wenig wert, wenn dies für ihn notwendigerweise den Verlust der Aussicht auf Restschuldbefreiung bedeutete.

(3) Systematik und Sinn des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO

Recht klar folgt das Ergebnis, dass § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO keine Obliegenheit zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs enthält, auch aus Systematik und Sinn dieser Norm. Der Grund dafür, dass nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO das Vermögen nur zur Hälfte des Wertes herauszugeben ist, liegt darin, dass der Insolvenzschuldner im Sinne einer „Anreizlösung“²²⁸ zur Realisierung des Vermögenserwerbs motiviert werden soll.²²⁹ Begründete § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO eine Obliegenheit zur Geltendmachung des Pflichtteils, wäre nicht einzusehen, weshalb dieser nach erfolgter Geltendmachung nur zur Hälfte herauszugeben sein sollte. Die Vorschrift des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO wäre in dieser Auslegung ihres Sinnes beraubt.²³⁰ Jedenfalls aus diesem Grunde ist davon auszugehen, dass es keinen Verstoß gegen die Obliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO darstellt,

²²³ Floeth, FamRZ 2010, 460 (462); Menzel, MittBayNot 2010, 54 (54); Menzel, S. 189.

²²⁴ Floeth, FamRZ 2010, 460 (462).

²²⁵ BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, NJW-RR 2010, 121 (Rn. 15); BGH, Beschl. v. 10.03.2011 – IX ZB 168/09, NJW 2011, 2291 (Rn. 6); Bartels, KTS 2003, 41 (66 f.); Haas/Vogel, KTS 2011, 387 (389); Haas/Vogel, FS Bengel/Reimann, 173 (189); Messner, FS Runkel, 431 (439); Schumacher-Hey, RNotZ 2004, 544 (557); Lehmann, S. 151, 153; Muscheler, Erbrecht, Rn. 4139.

²²⁶ Vgl. zur Entstehungsgeschichte des § 852 Abs. 1 ZPO oben unter § 4.I. (S. 58).

²²⁷ Vgl. dazu Messner, FS Runkel, 431 (438 f.).

²²⁸ Floeth, FamRZ 2010, 460 (463); Wenzel, in: KPB, 58. Lfg. 4/14, § 295 Rn. 31.

²²⁹ BT-Drs. 12/2443, 192; Muscheler, Erbrecht, Rn. 4137.

²³⁰ BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, NJW-RR 2010, 121 (Rn. 14); Floeth, FamRZ 2010, 460 (463); Dietzel, VIA 2011, 35; Messner, FS Runkel, 431 (438); Lehmann, S. 152 f.; Muscheler, Erbrecht, Rn. 4139; Wenzel, in: KPB, 58. Lfg. 4/14, § 295 Rn. 31; ebenso für die

wenn der Insolvenzschuldner seinen nach Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch nicht geltend macht.

Das Ergebnis, dass der Insolvenzschuldner nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht zur Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs gehalten ist, stimmt zudem mit der Beurteilung der parallelen Situation bei der Erbschaft und beim Vermächtnis überein. Wird der Wortlaut des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO angesichts der § 1942 BGB, § 2317 Abs. 1 BGB bisweilen in Richtung einer unabhängig von der Annahme bestehenden Herausgabeobliegenheit verstanden,²³¹ besteht doch weitgehend Einigkeit, dass § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO keine Obliegenheit zur Annahme einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses begründet,²³² der Insolvenzschuldner kann sich frei zwischen Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses entscheiden, ohne wegen Verstoßes gegen die Obliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Möglichkeit der Restschuldbefreiung einzubüßen.²³³

(4) Ergebnis und Folgerungen

Wird der Pflichtteilsanspruch nicht bereits mit seiner Entstehung, sondern erst mit Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO von § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO erfasst, hat der Insolvenzschuldner dem Insolvenzgericht und dem Treuhänder erst ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO Mitteilung von dem Vermögenserwerb zu machen. Vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO stellt das Unterlassen einer derartigen Mitteilung kein Verheimlichen im Sinne des § 295 Abs. 1 Nr. 3 InsO dar.²³⁴

Zudem ist klarzustellen, dass es keinen Verstoß gegen die Obliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO bedeutet, wenn der Insolvenzschuldner vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO durch Erlassvertrag nach § 397 BGB

Frage nach der Annahmeobliegenheit in Bezug auf eine Erbschaft *Messner*, ZVI 2004, 433 (434).

²³¹ *Floeth*, FamRZ 2010, 460 (462). Den Wortlaut gegenteilig verstehend aber *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (189).

²³² A.A. aber etwa *Frank*, FS Leipold, 983 (992). Die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisanspruchs hingegen als Vermögensverschwendung im Sinne des § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO wertend *Bartels*, KTS 2003, 41 (64–66).

²³³ LG Mainz, Beschl. v. 23.04.2003 – 8 T 79/03, ZInsO 2003, 525 (525); *Busch*, ZVI 2011, 77 (82); *Floeth*, FamRZ 2010, 460 (462 f.); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (189); *Herrler*, NJW 2011, 2258 (2258); *Ivo*, ZErB 2003, 250 (252 f.); *Kessler*, RNotZ 2003, 557 (559); *Krauß*, NotBZ 2011, 212 (213); *Krauß*, ErbR 2011, 162 (164); *Döbereiner*, S. 166 f.; *Geitner*, S. 26–29; *A. Schmidt*, Ratgeber, unter VII.5.; *Ehricke*, in: MünchKomm-InsO, § 295 Rn. 49; *Pehl*, in: Braun, § 295 Rn. 14; *Römermann*, in: Nerlich/Römermann, § 295 Rn. 23; *Sternal*, in: Uhlenbruck, § 295 Rn. 25; ebenso, wenn auch in der Sache eine anderweitige Regelung fordernd, *Häsemeyer*, Rn. 9.24.

²³⁴ BGH, Beschl. v. 10.03.2011 – IX ZB 168/09, NJW 2011, 2291 (Rn. 8); *Herrler*, NJW 2011, 2258 (2259); *Krauß*, ErbR 2011, 162 (165); *Ehricke*, in: MünchKomm-InsO, § 295 Rn. 84. A.A., zumindest in Bezug auf die Erbschaft, *Busch*, ZVI 2011, 77 (84).

mit dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs auf seinen Pflichtteilsanspruch verzichtet.²³⁵ Braucht er ihn nicht geltend zu machen, kann er auf ihn auch verzichten, ohne dass hierin die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu sehen wäre.²³⁶ Möglich ist es dem Insolvenzschuldner ferner, noch vor dem Erbfall durch Vertrag mit dem Erblasser nach § 2346 BGB auf sein gesetzliches Erbrecht oder auch nur auf sein Pflichtteilsrecht zu verzichten. Auch hierin ist kein Verstoß gegen die Obliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu sehen.²³⁷

bb) Verhaltensoptionen und Gestaltungsmöglichkeiten zum Hinausschieben der Verjährung

Aus der Verneinung einer Geltendmachungsobliegenheit in Bezug auf den Pflichtteilsanspruch ergeben sich Verhaltensoptionen und Gestaltungsmöglichkeiten, anhand derer das gefundene Ergebnis zu überprüfen ist.

Führt der Insolvenzschuldner die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erst nach Ablauf der mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beginnenden sechsjährigen Abtretungsfrist des § 287 Abs. 2 InsO herbei, greifen die Obliegenheiten des § 295 Abs. 1 InsO, die ausdrücklich nur für den Zeitraum zwischen der Beendigung des Insolvenzverfahrens und dem Ende der Abtretungsfrist gelten, nicht mehr. Ebenso beanspruchen die Obliegenheiten des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO ab dem Zeitpunkt keine Geltung mehr, in welchem dem Insolvenzschuldner gemäß § 300 Abs. 1 Satz 2 InsO die Restschuldbefreiung vor Ablauf der sechsjährigen Abtretungsfrist erteilt wird. Gemäß § 299, § 300 Abs. 4 Satz 2 InsO endet die Abtretungsfrist dann nämlich bereits mit der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung über die Restschuldbefreiung. Gelten die Obliegenheiten des § 295 Abs. 1 InsO nicht mehr, so hat der Insolvenzschuldner Vermögen, das er nach dem Ende der Geltung des § 295 Abs. 1 InsO von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erwirbt, nicht mehr zur Hälfte an den Treuhänder herauszugeben. Vielmehr kann er es, da für das Verfahren der Restschuldbefreiung keine Nachtragsverteilung vorgesehen ist,²³⁸

²³⁵ *Menzel*, MittBayNot 2010, 54 (54); *Lehmann*, S. 155 f. Hingegen einen Verstoß gegen § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO bejahend *Menzel*, S. 190.

²³⁶ Vgl. oben unter § 4.V.2.a)aa) (S. 97).

²³⁷ *Döbereiner*, S. 167; *Grziwotz*, in: *Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt*, § 2317 Rn. 41.

²³⁸ BGH, Beschl. v. 10.03.2011 – IX ZB 168/09, NJW 2011, 2291 (Rn. 7); *Pape*, NJW 2011, 3405 (3412). Bei seiner Bejahung einer Nachtragsverteilung auch für diesen Fall verkennt *Krauß* (*Krauß*, ErbR 2011, 162 (165) und *Krauß*, NotBZ 2011, 212 (214)), dass eine Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO die nachträgliche Ermittlung von Gegenständen der Masse voraussetzt. Kommt eine solche Nachtragsverteilung in Betracht, wenn bei einem bereits vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nach Beendigung des Insolvenzverfahrens – und ggf. auch nach Ablauf der Abtretungsfrist bzw. nach vorzeitiger Erteilung der Restschuldbefreiung – erfüllt werden (dazu unten unter § 8.IV.2.a) (S. 236)), fehlt es im Restschuldbefreiungsverfahren von vornherein an einer (Insolvenz-)Masse, zu welcher nachträglich noch Gegenstände ermit-

vollumfänglich für sich behalten. Diese Rechtsfolge ist sowohl für Erbschaften und Vermächtnisse als auch für den Pflichtteilsanspruch anerkannt.²³⁹

Entnimmt man § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO keine Obliegenheit zur Annahme von Erbschaften und Vermächtnissen und zur Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen, kann die Nichtannahme bzw. die Nichtgeltendmachung nicht als Begründung dafür herangezogen werden, dem Insolvenzschuldner nicht nach § 300 Abs. 1 InsO die Restschuldbefreiung zu erteilen oder die bereits erfolgte Erteilung der Restschuldbefreiung nach § 303 InsO zu widerrufen. Vielmehr ist es zulässig, dass der Insolvenzschuldner sich zunächst passiv verhält und erst nach Entfallen der Geltung des § 295 Abs. 1 InsO eine Erbschaft oder ein Vermächtnis annimmt oder einen Pflichtteilsanspruch geltend macht. Diese Möglichkeit des Insolvenzschuldners, so den kompletten erbrechtlichen Erwerb über das Ende der Wohlverhaltensperiode hinaus zu retten und vollumfänglich für sich zu behalten, wird vielfach als sachlich nicht gerechtfertigt empfunden.²⁴⁰ Sie ist jedoch im Gesetz angelegt und daher – selbst bei Handeln des Insolvenzschuldners in missbräuchlicher Gläubigerbenachteiligungsabsicht – hinzunehmen.²⁴¹

Aufgrund der kurzen Ausschlagungsfrist von sechs Wochen nach § 1944 Abs. 1 BGB bzw. von sechs Monaten nach § 1944 Abs. 3 BGB, falls der Erblasser im Ausland gewohnt hat oder sich der Erbe zum Beginn der Ausschlagungsfrist im Ausland aufhält, ist diese Möglichkeit, sich den vollen Genuss des erbrechtlichen Erwerbs zu sichern, bei der Erbschaft von geringerer praktischer Relevanz. Anders hingegen ist es beim Vermächtnis, auf welches § 1944 BGB nicht entsprechend anzuwenden ist,²⁴² sowie bei dem hier interessierenden Pflichtteilsanspruch.²⁴³ Für diese beiden Ansprüche ist keine besondere Geltendmachungsfrist vorgesehen; die Annahme des Vermächtnisses und die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs unterliegen grundsätzlich der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB, welche nach § 199 Abs. 1 Satz 1 BGB mit dem Schluss des Jahres zu laufen beginnt, in welchem der Anspruch entstanden ist und der Anspruchsinhaber von den den

telt werden könnten. Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 10.01.2013 – IX ZB 163/11, NJW 2013, 870 (Rn. 19).

²³⁹ BGH, Beschl. v. 10.03.2011 – IX ZB 168/09, NJW 2011, 2291 (Rn. 7); *Bartsch*, jurisPR-BKR 11/2009 Anm. 2 (unter D.); *Messner*, FS Runkel, 431 (441); *Ahrens*, in: Kohte u. a., § 295 Rn. 86; so jedenfalls für das Vermächtnis auch *Busch*, ZVI 2011, 77 (82); *Menzel*, Mitt-BayNot 2010, 54 (55).

²⁴⁰ *Dieckmann*, Insolvenzrecht im Umbruch, 127 (133); *Frank*, FS Leipold, 983 (992 f.); *Jahreis*, jurisPR-FamR 14/2011 Anm. 2 (unter D.); kritisch auch *Herrler*, NJW 2011, 2258 (2258).

²⁴¹ BGH, Beschl. v. 10.03.2011 – IX ZB 168/09, NJW 2011, 2291 (Rn. 7). Hingegen aus diesem Grund für die Bejahung einer Annahme- bzw. Geltendmachungsobliegenheit aus § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO *Frank*, FS Leipold, 983 (992 f.).

²⁴² BGH, Urt. v. 12.01.2011 – IV ZR 230/09, NJW 2011, 1353 (Rn. 12).

²⁴³ *Herrler*, NJW 2011, 2258 (2259).

Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Freilich gelten für die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs einige wenige Sonderregelungen wie diejenige, dass die Verjährungsfrist des Pflichtteilsergänzungsanspruchs gegen den Beschenkten aus § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB nach § 2332 Abs. 1 BGB unabhängig von subjektiven Elementen stets mit dem Erbfall zu laufen beginnt.²⁴⁴ Entsteht ein Pflichtteilsanspruch nach Beendigung des Insolvenzverfahrens und endet die sechsjährige Abtretungsfrist vor Ablauf der Verjährungsfrist des Pflichtteilsanspruchs oder wird dem Insolvenzschuldner vor Ablauf der Verjährungsfrist des Pflichtteilsanspruchs die Restschuldbefreiung erteilt, so kann er nach Beendigung des Insolvenzverfahrens oder Erteilung der Restschuldbefreiung seinen Pflichtteilsanspruch – ebenso wie einen Vermächtnisanspruch – ohne Beeinträchtigung seiner Restschuldbefreiung geltend machen. Insbesondere die zum 1. Juli 2014 geschaffene Möglichkeit, nach § 300 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und Nr. 3 InsO schon drei oder fünf Jahre nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Restschuldbefreiung zu erhalten, dürfte zum gehäuftem Auftreten von Fällen führen, in welchen ein nach Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandener Vermächtnis- oder Pflichtteilsanspruch unter Umgehung des Halbteilungsgrundsatzes des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO geltend gemacht wird. Sollte dieser zulasten der Insolvenzgläubiger gehende Vorteil für den Insolvenzschuldner als unbillig empfunden werden, wäre dem seitens des Gesetzgebers gegenzusteuern. Der Vorschrift des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO unter erweiternder Auslegung aus diesem Grunde eine Annahme- oder Geltendmachungsobliegenheit zu entnehmen, scheint derzeit indes nicht geboten.

(1) Verzicht auf die Einrede der Verjährung

Endet die Verjährungsfrist des Pflichtteilsanspruchs bereits vor dem Ablauf der Abtretungsfrist und vor einer vorzeitigen Erteilung der Restschuldbefreiung, hat der Insolvenzschuldner ein Interesse daran, seinen dann an sich schon verjährten Pflichtteilsanspruch auch nach diesen Zeitpunkten noch – ohne Nachteil für seine Restschuldbefreiung – geltend machen zu können. Möglich ist dies zum einen dann, wenn der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs auf die ihm nach § 214 Abs. 1 BGB zustehende Einrede der Verjährung verzichtet. Dass der Schuldner eines Anspruchs durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Gläubiger des Anspruchs vor oder nach Eintritt der Verjährung und sogar bereits vor Entstehung des Pflichtteilsanspruchs mit dem Erbfall²⁴⁵ für eine bestimmte Zeit auf die Verjährungseinrede verzichten kann, folgt aus der Privatautonomie und ist allgemein anerkannt; § 202 BGB setzt dieser grundsätzlich bestehenden Befugnis lediglich Grenzen.²⁴⁶ Verzichtet der Schuldner

²⁴⁴ Zur Verjährung des Pflichtteilsanspruchs bereits oben unter § 1.VII.3. (S. 25).

²⁴⁵ *Keim*, ZEV 2004, 173 (176).

²⁴⁶ BGH, Urt. v. 18.09.2007 – XI ZR 447/06, ZIP 2007, 2206 (Rn. 15); BGH, Urt. v. 16.03.2009 – II ZR 32/08, NJW 2009, 1598 (Rn. 22); KG, Urt. v. 05.06.2008 – 8 U 213/07,

des Pflichtteilsanspruchs dergestalt auf die Einrede der Verjährung, so ändert dies nichts daran, dass der Insolvenzschuldner den Pflichtteilsanspruch vor Erfüllung der Voraussetzungen nicht nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO geltend zu machen braucht, eröffnet ihm aber die Möglichkeit, nach Ablauf der Abtretungsfrist bzw. nach vorzeitiger Erteilung der Restschuldbefreiung ohne Nachteil für die Restschuldbefreiung den Pflichtteilsanspruch bis zum Ablauf der im Verjährungsverzicht bestimmten Frist noch geltend zu machen.²⁴⁷

Vorsicht ist jedoch geboten, wenn der Verjährungsverzicht im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Insolvenzschuldner als Pflichtteilsanspruchsinhaber erfolgt.²⁴⁸ Schon die Anregung des Insolvenzschuldners an den Schuldner des Pflichtteilsanspruchs, einen Verjährungsverzicht zu erklären, kann als Vertragsangebot zu werten sein.²⁴⁹ Insbesondere ist ein in eine vertragliche Vereinbarung eingebundener Verjährungsverzicht zu bejahen, wenn dieser gegen eine Gegenleistung des Insolvenzschuldners erfolgt. Es trifft zwar zu, dass ein Verjährungsverzicht noch nicht zwingend ein Anerkenntnis der Forderung im Sinne des § 781 BGB bedeutet.²⁵⁰ Jedoch wird in der auf einen Verjährungsverzicht gerichteten Willenserklärung des Insolvenzschuldners regelmäßig der Wille zutage treten, wirtschaftlichen Nutzen aus seinem Pflichtteilsanspruch zu ziehen. Nach den obigen Ausführungen²⁵¹ genügt dies, um eine Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO zu bejahen.²⁵² Dies gilt selbst dann, wenn der Vertrag, in dessen Rahmen der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs auf die Verjährungseinrede verzichtet, vor der Entstehung des Pflichtteilsanspruchs mit dem Erbfall geschlossen wird,²⁵³ wobei die Einhaltung der Erfordernisse des § 311b Abs. 5 BGB solange nicht zwingend erforderlich ist, wie von der Ernsthaftigkeit der Entscheidung des Insolvenzschuldners für die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs auszugehen ist.²⁵⁴ Sind aber die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt, greift ab diesem Zeitpunkt die Herausgabeobligiegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO, sodass der Insolvenzschuldner zur Herausgabe des Pflichtteilsanspruchs zur Hälfte seines Wertes an den Treuhänder gehalten ist.²⁵⁵

ZEV 2008, 481 (Juris-Rn. 30 = S. 483); *Lakkis*, ZGS 2003, 423 (424); *Birkenheier*, in: jurisPK-BGB, § 2332 Rn. 90; *Henrich*, in: BeckOK-BGB, § 202 Rn. 7; *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2332 Rn. 13. Vgl. auch *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, Neubearb. 2014, § 214 Rn. 31.

²⁴⁷ Vgl. *Haas/Vogel*, KTS 2011, 387 (392).

²⁴⁸ Vgl. zu dieser Möglichkeit etwa *Ruby*, ZEV 2008, 483 (484); *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2332 Rn. 13.

²⁴⁹ *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, Neubearb. 2014, § 214 Rn. 5.

²⁵⁰ *Lakkis*, ZGS 2003, 423 (426).

²⁵¹ Oben unter § 4.V.2. (S. 96).

²⁵² Vgl. *Haas/Vogel*, KTS 2011, 387 (392).

²⁵³ Vgl. zum frühestmöglichen Zeitpunkt der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag oben unter § 4.V.2.a)bb)(6) (S. 105).

²⁵⁴ Vgl. zum Wirksamkeitserfordernis oben unter § 4.V.2.a)bb)(5) (S. 104).

²⁵⁵ Vgl. oben unter § 8.III.2.a) (S. 211).

Konstruktiv denkbar ist der Verzicht auf die Verjährungseinrede noch durch den Erblasser selbst. Dieser scheitert jedoch an § 2301 BGB und entfaltet für den Erben als Schuldner des Pflichtteilsanspruchs daher keine Wirkung.²⁵⁶

Nützlich ist dem Insolvenzschuldner ein Verjährungsverzicht also regelmäßig nur, wenn er vom Pflichtteilsanspruchsschuldner ohne vertragliche Vereinbarung mit dem Insolvenzschuldner erklärt wird.²⁵⁷ Fälle, in denen solch ein einseitiger Verjährungsverzicht zu bejahen und eine Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO zu verneinen ist, dürften in der Praxis nur selten vorkommen.

(2) Zweiseitige Verlängerung der Verjährungsfrist durch Vereinbarung

Eine weitere Möglichkeit, dem Insolvenzschuldner die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs auch noch nach Ablauf der Abtretungsfrist bzw. nach vorzeitiger Erteilung der Restschuldbefreiung zu ermöglichen, besteht neben dem Verzicht auf die Verjährungseinrede in der Verlängerung der Verjährungsfrist.

Dass die Verjährungsfrist des Pflichtteilsanspruchs durch zweiseitige Vereinbarung zwischen dem Pflichtteilsanspruchsinhaber und dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs²⁵⁸ in den Grenzen des § 202 Abs. 2 BGB verlängert werden kann, ergibt sich ebenfalls aus der Privatautonomie und ist allgemein anerkannt.²⁵⁹ Eine Verjährungsverlängerung durch einseitige Erklärung des Schuldners des Anspruchs hingegen ist nur bei einseitigen Rechtsgeschäften wie der Auslobung oder der Gewinnzusage möglich.²⁶⁰ Wie bei dem vertraglich vereinbarten Verzicht auf die Verjährungseinrede wird regelmäßig auch der auf die vertragliche Verjährungsverlängerung gerichteten Willenserklärung des Insolvenzschuldners ein Verwertungswille zugrunde liegen, welcher es auf Grundlage der obigen Ausführungen zu dem entsprechenden Tatbestandsmerkmal des § 852 Abs. 1 ZPO²⁶¹ rechtfertigt und gebietet, in der zweiseitigen Verjährungsverlängerungsvereinbarung eine Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO zu sehen.²⁶² Ab Abschluss einer solchen Vereinbarung ist der Insolvenzschuldner folglich durch § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO

²⁵⁶ *Keim*, ZEV 2004, 173 (175 f.).

²⁵⁷ *Haas/Vogel*, KTS 2011, 387 (392).

²⁵⁸ Dazu oben unter § 1.IV. (S. 20).

²⁵⁹ *Amann*, DNotZ 2002, 94 (105 f.); *Keim*, ZEV 2004, 173 (176); *Lakkis*, AcP 203 [2003], 763 (764); *Lange*, ZEV 2003, 433 (433); *Birkenheier*, in: *jurisPK-BGB*, § 2332 Rn. 89; *Herzog*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 48; *Mayer*, in: *BeckOK-BGB*, § 2332 Rn. 29; *Olshausen*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2015, § 2332 Rn. 4.

²⁶⁰ *Grothe*, in: *MünchKomm-BGB*, § 202 Rn. 4; *Henrich*, in: *BeckOK-BGB*, § 202 Rn. 5. Vgl. zur einseitigen Verlängerung der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs sogleich unter § 8.III.2.b)bb)(3) (S. 225).

²⁶¹ Oben unter § 4.V.2. (S. 96).

²⁶² *Haas/Vogel*, KTS 2011, 387 (392); in diese Richtung auch *Ahrens*, in: *FK-InsO*, § 295 Rn. 83; ebenso *Herrler*, NJW 2011, 2258 (2259), der allerdings einen schmalen Bereich verjährungsverlängernder Vereinbarungen zwischen dem Insolvenzschuldner und dem Schuldner

gehalten, den Pflichtteilsanspruch zur Hälfte des Wertes an den Treuhänder herauszugeben.²⁶³

Nach allgemeiner Auffassung können Vereinbarungen über die Verjährung auch bereits vor Entstehung des betreffenden Anspruchs getroffen werden.²⁶⁴ Eine Vereinbarung über die Verlängerung der Verjährungsfrist eines künftigen Pflichtteilsanspruchs vor dessen Entstehung stellt aber einen Vertrag über den Pflichtteilsanspruch aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten im Sinne des § 311b Abs. 4 Satz 2 BGB dar,²⁶⁵ sodass eine solche Vereinbarung die Verjährungsfrist nur wirksam verlängern kann, wenn sie gemäß § 311b Abs. 5 BGB zwischen künftigen Erben geschlossen und notariell beurkundet wird.²⁶⁶ Wie ausgeführt,²⁶⁷ erfüllt jedoch auch die bereits vor dem Erbfall erfolgte Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO, sodass die vom künftigen Pflichtteilsanspruchsinhaber noch zu Lebzeiten des Erblassers mit dem künftigen Erben als Schuldner des Pflichtteilsanspruchs getroffene Verjährungsverlängerungsvereinbarung zur Folge hat, dass der Pflichtteilsanspruch ab seiner Entstehung nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zur Hälfte seines Wertes an den Treuhänder herauszugeben ist.

Eine zweiseitige Verjährungsverlängerung wird damit kaum im Interesse des Insolvenzschuldners liegen.

(3) Einseitige Verlängerung der Verjährungsfrist durch letztwillige Verfügung

Fraglich ist daher, ob es dem Erblasser möglich ist, die gesetzliche Verjährungsfrist des Pflichtteilsanspruchs zu seinen Lebzeiten durch letztwillige Verfügung zu verlängern. Bei einer Erbschaft ist die Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB wegen ihres Charakters als Ausschlussfrist einer Verlängerung durch letztwillige Verfügung des Erblassers komplett entzogen.²⁶⁸ Die regelmäßige Verjährungsfrist eines Vermächtnisanspruchs²⁶⁹ kann der Erblasser, der den Vermächtnisanspruch ja selbst begründet hat, bei Anordnung des Vermächtnisses durch letztwillige Verfügung auf bis zu 30 Jahre verlängern.²⁷⁰ Für den Pflichtteilsan-

des Pflichtteilsanspruchs sieht, in welchem keine Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO vorliegen soll.

²⁶³ Vgl. oben unter § 8.III.2.a) (S. 211).

²⁶⁴ *Lakkis*, ZGS 2003, 423 (424); *Lange*, ZEV 2003, 433 (434); *Grothe*, in: MünchKomm-BGB, § 202 Rn. 5; *Lakkis*, in: jurisPK-BGB, § 202 Rn. 15.

²⁶⁵ Vgl. zu dieser Vorschrift im Rahmen der Übertragbarkeit des Pflichtteilsanspruchs oben unter § 1.VIII.2.c) (S. 28).

²⁶⁶ *Mayer*, in: BeckOK-BGB, § 2332 Rn. 29.

²⁶⁷ Oben unter § 4.V.2.a)bb)(5) (S. 104).

²⁶⁸ *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 2961; *Hönninger*, in: jurisPK-BGB, § 1944 Rn. 15; *Leipold*, in: MünchKomm-BGB, § 1942 Rn. 7, § 1944 Rn. 22; *Otte*, in: Staudinger, Neubearb. 2017, § 1944 Rn. 2.

²⁶⁹ *Müller-Christmann*, in: BeckOK-BGB, § 2174 Rn. 19; *Rudy*, in: MünchKomm-BGB, § 2174 Rn. 20.

²⁷⁰ *Grothe*, in: MünchKomm-BGB, § 202 Rn. 4, *Henrich*, in: BeckOK-BGB, § 202 Rn. 5.

spruch hingegen ist die Frage umstritten. Teilweise wird die Möglichkeit einer Verlängerung der Verjährungsfrist des Pflichtteilsanspruchs durch letztwillige Verfügung des Erblassers bejaht,²⁷¹ teilweise wird sie verneint²⁷² und vielfach wird diese von der Rechtsprechung noch nicht entschiedene Frage als offen erachtet.²⁷³

Der Wortlaut des § 202 BGB ist mehrdeutig, da eine Verjährungsverlängerung durch einseitige Verfügung zwar unter den in den beiden Absätzen der Vorschrift verwandten Begriff des „Rechtsgeschäfts“ fällt, andererseits aber keine – von der amtlichen Überschrift zu § 202 BGB geforderte – Vereinbarung über die Verjährung darstellt. Die Materialien und die Gesetzgebungsgeschichte sprechen jedoch dafür, dass der Gesetzgeber bei Verabschiedung des § 202 BGB im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung nur zweiseitige Vereinbarungen im Blick hatte.²⁷⁴ Die Möglichkeiten zur privatautonomen Regelung der Verjährung sollten mit der Erwägung liberalisiert werden, dass die wechselseitig vorhandene Verhandlungsmacht zu einem besseren Ausgleich der Interessen beider Seiten führt. Diese Begründung ginge ins Leere, würde man auch die einseitige Verlängerung der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs durch letztwillige Verfügung zulassen. Der Erblasser könnte dann einseitig in die Interessen des Schuldners des Pflichtteilsanspruchs eingreifen.²⁷⁵ Freilich ist andererseits nicht zu verkennen, dass der Erbe vor dem Erbfall noch keine gesicherte Rechtsposition erlangt hat, in die eingegriffen werden könnte.²⁷⁶ Durchschlagend gegen die Möglichkeit einer einseitigen Verlängerung der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs durch letztwillige Verfügung spricht jedoch, dass der Erblasser damit die Verjährung eines gesetzlichen Anspruchs regeln würde, bei dem er weder Schuldner noch Gläubiger ist. Eine derartige zusätzliche Belastung der Erben im Außenverhältnis und insbesondere auch des Beschenkten durch den Erblasser ist im Gesetz nicht vorgesehen und daher nicht möglich.²⁷⁷ Diese Erwägung kann auch kaum mit der Begründung als zu formal abgetan werden, dass der Erblasser immer Ansprüche begründe, die ihn nicht selbst betreffen.²⁷⁸ Gerade der

²⁷¹ *Amann*, DNotZ 2002, 94 (126); *Brambring*, ZEV 2002, 137 (138); *Löhnig*, ZEV 2004, 267 (268); *Herzog*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 48; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, Neubearb. 2014, § 202 Rn. 10.

²⁷² *Keim*, ZEV 2004, 173 (174 f.); *Keim*, MittBayNot 2010, 85 (94); *Lakkis*, AcP 203 [2003], 763 (767); *Lange*, ZEV 2003, 433 (436); *Grothe*, in: MünchKomm-BGB, § 202 Rn. 4; *Mayer*, in: BeckOK-BGB, § 2332 Rn. 29. In diese Richtung auch *Schlichting*, ZEV 2002, 478 (480); *Henrich*, in: BeckOK-BGB, § 202 Rn. 6; *Lange*, in: MünchKomm-BGB, § 2332 Rn. 13.

²⁷³ *Herrler*, NJW 2011, 2258 (2259); *Karsten*, RNotZ 2010, 357 (377); *Birkenheier*, in: jurisPK-BGB, § 2332 Rn. 88; *Olshausen*, in: Staudinger, Neubearb. 2015, § 2332 Rn. 4.

²⁷⁴ *Keim*, MittBayNot 2010, 85 (94); *Lange*, ZEV 2003, 433 (435).

²⁷⁵ *Lange*, ZEV 2003, 433 (436).

²⁷⁶ *Keim*, ZEV 2004, 173 (174); *Löhnig*, ZEV 2004, 267 (268).

²⁷⁷ *Lakkis*, AcP 203 [2003], 763 (767); *Lange*, ZEV 2003, 433 (436); *Grothe*, in: MünchKomm-BGB, § 202 Rn. 4.

²⁷⁸ So *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, Neubearb. 2014, § 202 Rn. 10.

Pflichtteilsanspruch entsteht ja durch Gesetz und wird nicht durch den Erblasser begründet.

Ist die Befugnis des Erblassers, durch letztwillige Verfügung die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs zu verlängern, zu verneinen, so steht es dem Erblasser freilich offen, zugunsten des andernfalls Pflichtteilsberechtigten ein Vermächtnis in Höhe des Pflichtteils anzuordnen und hierfür durch letztwillige Verfügung eine verlängerte Verjährungsfrist vorzusehen.²⁷⁹ Bei dieser bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung möglichen Konstruktion eines sogenannten Pflichtteilsvermächtnisses wird dann aber eben kein – nach § 852 Abs. 1 ZPO zu behandelnder – Pflichtteil erworben, sondern ein gewöhnliches Vermächtnis, was unter anderem auch erbschaftsteuerlich nachteilig sein kann.²⁸⁰ Da es sich um zwei unterschiedlich strukturierte erbrechtliche Institute handelt, kann aus der Zulässigkeit des Pflichtteilsvermächtnisses mit verlängerter Verjährungsfrist nicht gefolgert werden, dass eine Verlängerung der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs erst recht zulässig sein müsse.²⁸¹

Neben dem – rechtstechnisch ein Vermächtnis darstellenden – Pflichtteilsvermächtnis wird es zulässig sein, zugunsten des Pflichtteilsanspruchsinhabers und zulasten des Erben – nicht aber des Beschenkten – eine Auflage oder eher ein Vermächtnis mit dem Inhalt anzuordnen, dass der Erbe verpflichtet ist, nach dem Erbfall mit dem Pflichtteilsanspruchsinhaber in einem zweiseitigen Vertrag die Verlängerung der Verjährung des Pflichtteils zu vereinbaren.²⁸² Hierfür kann in der letztwilligen Verfügung eine verlängerte Verjährungsfrist bestimmt werden. Der Pflichtteilsanspruchsinhaber erwirbt dann einen dem § 852 Abs. 1 ZPO unterfallenden Pflichtteilsanspruch²⁸³ und zusätzlich nach Annahme des Vermächtnisses einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den oder die Erben auf Abschluss einer Vereinbarung über die Verlängerung der Verjährung seines Pflichtteilsanspruchs. Dieser schuldrechtliche Anspruch entfaltet bereits vor seiner Erfüllung durch Abschluss einer Verjährungsvereinbarung die gewünschte Wirkung, weil der Pflichtteilsanspruchsinhaber der Erhebung der Verjährungseinrede durch den Schuldner des Pflichtteilsanspruchs nach Treu und Glauben seinen Anspruch auf Abschluss einer Verjährungsverlängerungsvereinbarung entgegenhalten kann.²⁸⁴ Zwar unterfällt der als Vermächtnis zugewandte schuldrechtliche Anspruch nicht dem Schutz durch § 852 Abs. 1 ZPO; während des Insolvenzverfahrens ist der Insolvenzschuldner aber durch § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO geschützt und im Restschuldbefreiungsverfahren begründet § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO keine Obliegenheit zur Annahme des Vermächtnisses.²⁸⁵ Oh-

²⁷⁹ Grothe, in: MünchKomm-BGB, § 202 Rn. 4; Henrich, in: BeckOK-BGB, § 202 Rn. 6.

²⁸⁰ Brambring, ZEV 2002, 137 (138); Lange, ZEV 2003, 433 (435).

²⁸¹ So aber Löhnig, ZEV 2004, 267 (268).

²⁸² Keim, ZEV 2004, 173 (174 f.); Keim, MittBayNot 2010, 85 (94); Löhnig, ZEV 2004, 267 (268); Mayer, in: BeckOK-BGB, § 2332 Rn. 29.

²⁸³ Amann, DNotZ 2002, 94 (126).

²⁸⁴ Keim, ZEV 2004, 173 (175).

²⁸⁵ Vgl. oben unter § 8.III.2.b)aa)(3) (S. 219).

nehin könnte das Vermächtnis selbst nach Annahme nicht zugunsten der Insolvenzgläubiger wirtschaftlich verwertet werden. Auch wenn die Zulässigkeit eines „Vermächtnisses eines Anspruchs auf Abschluss einer verjährungsverlängernden Abrede“ in Rechtsprechung und Literatur noch nicht endgültig geklärt ist,²⁸⁶ dürfte sich dieses Institut als gangbarer Weg erweisen, um es dem Insolvenzschuldner zu ermöglichen, mit der Geltendmachung des nach Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruchs ohne das Risiko der Verjährung bis zum Ende der Abtretungsfrist oder der vorzeitigen Erteilung der Restschuldbefreiung abzuwarten.

(4) Sonstige Möglichkeiten zum Hinausschieben der Verjährung

Neben dem Verzicht auf die Einrede der Verjährung und der Verlängerung der Verjährungsfrist kommt zum Hinausschieben der Verjährung etwa das Führen von Verhandlungen über den Pflichtteilsanspruch im Sinne des § 203 BGB zwischen dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs und dem Insolvenzschuldner in Betracht. Nach § 209 BGB wird der Zeitraum, während dessen solche Verhandlungen geführt werden, in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet, sodass sich diese entsprechend verlängert. Zudem ist in § 203 Satz 2 BGB eine Ablaufhemmung angeordnet, nach welcher die Verjährung frühestens drei Monate nach dem Ende der Verhandlungen eintreten kann. In Bezug auf den Pflichtteilsanspruch werden Verhandlungen etwa dann geführt, wenn der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs die vom Pflichtteilsanspruchsinhaber geforderte Auskunft vorläufig erteilt.²⁸⁷ Wie ausgeführt,²⁸⁸ stellt das bloße Sondieren von Möglichkeiten noch keine Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO dar. Jedoch kann im Rahmen des Führens von Verhandlungen auch leicht ein Vertrag zustande kommen, welcher das Einverständnis über das grundsätzliche Bestehen des Pflichtteilsanspruchs enthält. Ein solcher Vertrag stellt die Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO dar.²⁸⁹ Zwischen dem bloß verjährungshemmenden Führen von Verhandlungen und der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag verläuft also nur ein schmaler Grat. Zudem ist die Option des § 203 BGB für den Insolvenzschuldner insofern wenig attraktiv, als ihm die Erbringung des ihm obliegenden Beweises des Beginns und der Fortdauer von Verhandlungen²⁹⁰ über den Pflichtteilsanspruch häufig schwerfallen dürfte, sodass diese Option kaum Rechtssicherheit bietet.

²⁸⁶ Karsten, RNotZ 2010, 357 (377).

²⁸⁷ KG, Urt. v. 05.06.2008 – 8 U 213/07, ZEV 2008, 481 (Juris-Rn. 23 = S. 482); Ruby, ZEV 2008, 483 (484).

²⁸⁸ Oben unter § 4.V.2.a)aa) (S. 97).

²⁸⁹ Vgl. dazu oben unter § 4.V.2. (S. 96).

²⁹⁰ Vgl. etwa Grothe, in: MünchKomm-BGB, § 203 Rn. 1; Peters/Jacoby, in: Staudinger, Neubearb. 2014, § 203 Rn. 19.

In Betracht kommt des Weiteren, dass der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs von sich aus diesen Anspruch dem Insolvenzschuldner gegenüber anerkennt, was nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB den Neubeginn der Verjährung zur Folge hat. Ein solches – nur vor Eintritt der Verjährung mögliches²⁹¹ – Anerkenntnis erfordert keine Willenserklärung, sondern kann als rechtsgeschäftsähnliche Handlung in jedem Verhalten liegen, aus dem sich für den Gläubiger klar und unzweideutig ergibt, dass dem Schuldner das Bestehen des Anspruchs bewusst ist, sodass der Gläubiger berechtigterweise darauf vertrauen darf, der Schuldner werde sich nicht auf die Verjährung berufen.²⁹² Auch wenn ein solches Anerkenntnis im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB gegenüber dem Gläubiger des Anspruchs abzugeben ist,²⁹³ ist folglich kein Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger des Anspruchs erforderlich, sodass ein Anerkenntnis des Pflichtteilsanspruchs im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht zwangsläufig auch eine Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO bedeuten muss.²⁹⁴ Anerkennt jedoch der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs den Pflichtteilsanspruch durch eine Willenserklärung und gibt auch der Insolvenzschuldner eine auf Einverständnis über das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs gerichtete Willenserklärung ab, liegt damit ein Vertrag vor und es sind die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt. Auch hier verläuft also nur ein schmaler Grat zwischen dem Offenhalten der späteren Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs und dem Auslösen der Herausgabeobligiegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

c) Zusammenfassung

Was das Bestehen einer Herausgabeobligiegenheit aus § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO in Bezug auf einen erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch angeht, ist festzuhalten, dass es dem Insolvenzschuldner ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ohne Weiteres obliegt, den Pflichtteilsanspruch zur Hälfte des Wertes an den Treuhänder herauszugeben. Diese Herausgabeobligiegenheit ist in Geld zu erfüllen. Bereitet die Verwertung des Pflichtteilsanspruchs dem Insolvenzschuldner Schwierigkeiten und kann er sich bis zu dem Zeitpunkt, in welchem ihm nach § 300 InsO die Restschuldbefreiung zu erteilen wäre, nicht anderweitig Liquidität in Höhe der Hälfte des Wertes des Pflichtteilsanspruchs verschaffen, hat er seine redlichen Durchsetzungsbemühungen dem Insolvenzgericht gegenüber nachvollziehbar darzulegen und

²⁹¹ BGH, Urt. v. 11.11.2014 – XI ZR 265/13, NJW 2015, 42 (Rn. 40).

²⁹² BGH, Urt. v. 09.05.2007 – VIII ZR 347/06, NJW 2007, 2843 (Rn. 12); BGH, Beschl. v. 14.11.2013 – V ZB 204/12, NJW 2014, 693 (Rn. 13); *Grothe*, in: MünchKomm-BGB, § 212 Rn. 6; *Henrich*, in: BeckOK-BGB, § 212 Rn. 2. Gegen das Erfordernis des letztgenannten Tatbestandsmerkmals *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, Neubearb. 2014, § 212 Rn. 7.

²⁹³ *Grothe*, in: MünchKomm-BGB, § 212 Rn. 11; *Henrich*, in: BeckOK-BGB, § 212 Rn. 9.

²⁹⁴ *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 4139; so schon zu § 208 BGB a.F. *Dieckmann*, Insolvenzrecht im Umbruch, 127 (133).

zu beweisen, woraufhin das Insolvenzgericht die Entscheidung über die Restschuldbefreiung aufschiebt. Erst nach Darlegung und Beweis der Undurchführbarkeit der Verwertung kann die Restschuldbefreiung unter Wegfall der Herausgabeobliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO erteilt werden.

Vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO durch den Insolvenzschuldner ist das Eingreifen der Herausgabeobliegenheit hingegen zu verneinen. Insbesondere aus dem weit zu verstehenden Schutzzweck des § 852 Abs. 1 ZPO und aus der Systematik und dem Zweck des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist zu folgern, dass unter diesen Umständen § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO keine Obliegenheit zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs begründet. Dem Insolvenzschuldner ist unter den Voraussetzungen des § 300 InsO die Restschuldbefreiung also auch dann zu erteilen, wenn er für einen nach Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht herbeigeführt hat. Der Erwerb von Vermögen im Sinne des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist beim Pflichtteilsanspruch erst ab dem Eintritt der zwangsweisen Verwertbarkeit für die Gläubiger gegeben.²⁹⁵ Macht der Insolvenzschuldner seinen Pflichtteilsanspruch erst nach dem Ende der Abtretungsfrist bzw. nach der vorzeitigen Erteilung der Restschuldbefreiung geltend, so kann er ihn ohne Gefährdung seiner Restschuldbefreiung in vollem Umfang für sich behalten.

Droht der Pflichtteilsanspruch vor diesem Zeitpunkt zu verjähren, liegt es im Interesse des Insolvenzschuldners, den Eintritt der Verjährung hinauszuschieben. Verzichtet der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs einseitig auf die Einrede der Verjährung, verhandelt er im Sinne des § 203 BGB mit dem Insolvenzschuldner über den Pflichtteilsanspruch oder erkennt er diesen im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB einseitig an, ist dem Interesse des Insolvenzschuldners Rechnung getragen. Beteiligt sich der Insolvenzschuldner hieran aber – etwa durch Gewährung einer Gegenleistung – mit einer eigenen Willenserklärung, ist schnell die Grenze zu einer Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO überschritten, welche die Herausgabeobliegenheit nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO nach sich zieht. Aus demselben Grund kommt auch eine Verlängerung der Verjährungsfrist durch Vereinbarung zwischen dem Insolvenzschuldner und dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs nicht in Betracht. Eine Befugnis des Erblassers, durch letztwillige Verfügung die Verjährungsfrist des Pflichtteilsanspruchs zu verlängern, ist nicht anzuerkennen. Neben der Möglichkeit eines Pflichtteilsvermächtnisses steht es dem wohlwollenden Erblasser aber offen, zugunsten des Insolvenzschuldners als Gläubiger des Pflichtteilsanspruchs und zulasten des oder der Erben als Schuldner des Pflichtteilsanspruchs ein Vermächtnis auf Abschluss einer zweiseitigen Verjährungsverlängerungsvereinbarung über den Pflichtteilsanspruch anzuordnen. Auf diesem Wege kann der erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens entstehende Pflichtteilsanspruch

²⁹⁵ *Lehmann*, S. 154.

über die Erteilung der Restschuldbefreiung hinaus dem Insolvenzschuldner erhalten bleiben.

IV. Verwertung durch den Insolvenzverwalter

Nach den obigen Ausführungen²⁹⁶ gehört der Pflichtteilsanspruch des Insolvenzschuldners zwar bereits ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder, falls der Erbfall erst während des laufenden Insolvenzverfahrens eintritt, ab Entstehung des Pflichtteilsanspruchs mit dem Erbfall zur Insolvenzmasse; verwertbar ist er aber erst dann, wenn die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. Es ist nun zu erörtern, wie die ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO mögliche Verwertung des Pflichtteilsanspruchs durch den Insolvenzverwalter zu erfolgen hat. Dabei ist zunächst der Standardfall der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder noch während des laufenden Insolvenzverfahrens zu behandeln, bevor anschließend die Besonderheiten bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens dargestellt werden können.

Im Sonderfall des § 300a InsO entsteht der Pflichtteilsanspruch zwar ebenfalls noch vor Beendigung des Insolvenzverfahrens, zählt aber nach § 300a Abs. 1 Satz 1 InsO nicht zur Insolvenzmasse. Ein derartiger Pflichtteilsanspruch, zu dessen Geltendmachung keinerlei Pflicht oder Obliegenheit besteht,²⁹⁷ unterliegt unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO noch vor oder erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens erfüllt werden, nicht der Verwertung durch den Insolvenzverwalter.

1. Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vor Beendigung des Insolvenzverfahrens

Für den Fall der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vor Beendigung des Insolvenzverfahrens²⁹⁸ ist zunächst zu fragen, wie der Insolvenzverwalter Kenntnis von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erlangen kann. Sodann ist zu erörtern, wie in Abhängigkeit davon, ob der Pflichtteilsanspruch durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist, die Verwertung des Pflichtteilsanspruchs durch den Insolvenzverwalter zu erfolgen hat.

²⁹⁶ Oben unter § 7 (S. 161).

²⁹⁷ Dazu oben unter § 8.III.1.b)bb) (S. 209).

²⁹⁸ Für den Sonderfall der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO im Zeitraum zwischen Schlusstermin und Aufhebung des Insolvenzverfahrens ist die Anordnung einer Nachtragsverteilung möglich und geboten. Vgl. BGH, Beschl. v. 17.03.2005 – IX ZB 286/03, NZI 2005, 395 (Juris-Rn. 4 = S. 395); Bork, Rn. 351 Fn. 12; Hintzen, in: MünchKomm-InsO, § 203 Rn. 7. Die Nachtragsverteilung erfolgt dann, wie wenn die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens bewirkt worden wäre; vgl. dazu unten unter § 8.IV.2.a) (S. 236).

a) *Kenntnis des Insolvenzverwalters von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO*

Sowohl vor als auch, wie ausgeführt,²⁹⁹ nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens steht die Herbeiführung der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO allein dem Insolvenzschuldner als Pflichtteilsanspruchsinhaber persönlich zu. Sie findet damit außerhalb des Herrschaftsbereichs des Insolvenzverwalters statt, der folglich nicht automatisch darüber informiert ist, ob und inwiefern der Insolvenzschuldner die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO herbeigeführt hat. Nach § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO ist der Insolvenzschuldner jedoch verpflichtet, dem Insolvenzverwalter über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben. Nach einhelliger Meinung umfasst diese Auskunftspflicht alle rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände, die für die Abwicklung des Insolvenzverfahrens in irgendeiner Weise von Bedeutung sein können. Sie ist zudem nicht davon abhängig, dass an den Insolvenzschuldner entsprechende Fragen gestellt werden. Vielmehr hat er die betroffenen Umstände auch ohne besondere Nachfrage von sich aus offen zu legen, soweit sie offensichtlich für das Insolvenzverfahren von Bedeutung sein können und nicht klar zu Tage liegen.³⁰⁰ Zu diesen zu offenbarenden Verhältnissen zählt zweifelsohne auch der Umstand, ob und inwiefern bei einem insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. Hierüber kann der Insolvenzverwalter also jederzeit Auskunft vom Insolvenzschuldner verlangen; zudem ist der Insolvenzverwalter durch den Insolvenzschuldner ungefragt nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu informieren.³⁰¹ Zwangsweise durchgesetzt werden kann die Auskunftspflicht des Insolvenzschuldners nach § 98 InsO. Teilt der Insolvenzschuldner dem Insolvenzverwalter die Umstände der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht mit, kann dies nach § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO zur Versagung der Restschuldbefreiung führen.³⁰²

b) *Verwertung bei Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag*

Hat der Insolvenzschuldner den Pflichtteilsanspruch vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO durch Vertrag anerkannt, trifft den Insolvenzverwalter nach § 148 Abs. 1 InsO die Pflicht, den dann verwertbaren Pflichtteilsanspruch für die Insolvenzmasse einzuziehen.³⁰³ Die

²⁹⁹ Oben unter § 8.1. (S. 176).

³⁰⁰ BGH, Beschl. v. 11.02.2010 – IX ZB 126/08, NZI 2010, 264 (Rn. 5); BGH, Beschl. v. 08.03.2012 – IX ZB 70/10, ZInsO 2012, 751 (Rn. 13); BGH, Beschl. v. 22.11.2012 – IX ZB 23/10, ZInsO 2013, 138 (Rn. 4); Kroth, in: Braun, § 97 Rn. 9; Stephan, in: MünchKomm-InsO, § 97 Rn. 14a-14b; Leithaus, in: Andres/Leithaus, § 97 Rn. 7.

³⁰¹ Vgl. Haas/Vogel, FS Bengel/Reimann, 173 (182 f.).

³⁰² Vgl. Stephan, in: MünchKomm-InsO, § 97 Rn. 46.

³⁰³ Haas/Vogel, KTS 2011, 387 (389); Hammich, S. 172.

Berechtigung des Insolvenzverwalters hierzu folgt aus der nach § 80 Abs. 1 InsO auf ihn übergebenen Verfügungsbefugnis.³⁰⁴ Aus der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters folgt zudem seine Prozessführungsbefugnis, als Partei kraft Amtes im eigenen Namen erforderlichenfalls Klage auf Erfüllung des insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs zur Masse zu erheben.³⁰⁵ Zur Zwangsvollstreckung benötigt der Insolvenzverwalter nach § 704, § 749, § 750 Abs. 1 ZPO einen auf ihn lautenden Vollstreckungstitel.³⁰⁶

c) Verwertung bei Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs

Hat der Insolvenzschuldner die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO hingegen durch Rechtshängigmachen des Pflichtteilsanspruchs herbeigeführt, ist zu unterscheiden, ob dies vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt ist.

Ist die Rechtshängigkeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetreten, liegt, wie bereits ausgeführt,³⁰⁷ ein Aktivprozess über einen insolvenzbefangenen Gegenstand vor, der mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohne Weiteres nach § 240 ZPO unterbrochen wird.³⁰⁸ Nimmt der Insolvenzverwalter den Rechtsstreit nach § 85 Abs. 1 Satz 1 InsO auf, wozu er bei positiver Beurteilung der Prozessaussichten nach § 148 Abs. 1 InsO verpflichtet ist,³⁰⁹ kommt es spätestens dann zu einem gesetzlichen Parteiwechsel.³¹⁰ Lehnt der Insolvenzverwalter die Aufnahme ab, ist dies als Freigabe des insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs zu werten,³¹¹ sodass der Prozess sowohl vom Insolvenzschuldner als auch vom Gegner des Rechtsstreits aufgenommen und mit Wirkung für und gegen das insolvenzfremde Vermögen des Insolvenzschuldners fortgesetzt werden kann. Die dargestellten Regelungen gelten selbst dann, wenn der Insolvenzschuldner den Pflichtteilsanspruch nur mit einer Feststellungsklage rechtshängig gemacht hat.³¹²

³⁰⁴ Vgl. *Bork*, Rn. 232.

³⁰⁵ Vgl. *Becker*, Rn. 1065; *Bork*, Rn. 233.

³⁰⁶ Vgl. *Bork*, Rn. 234.

³⁰⁷ Oben unter § 8.1.3.c)ff) (S. 189).

³⁰⁸ Vgl. *Bork*, Rn. 219.

³⁰⁹ *Haas/Vogel*, KTS 2011, 387 (389); *Hannich*, S. 172; *Bork*, Rn. 233 Fn. 2.

³¹⁰ *H. Roth*, in: *Stein/Jonas*, § 240 Rn. 21; *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, § 240 Rn. 1. Den Parteiwechsel schon mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens bejahend BGH, Urt. v. 16.01.1997 – IX ZR 220/96, NJW 1997, 1445 (Juris-Rn. 9 = S. 1445); *Jaspersen*, in: *BeckOK-ZPO*, § 240 Rn. 2; *Schumacher*, in: *MünchKomm-InsO*, § 85 Rn. 15.

³¹¹ Vgl. BGH, Urt. v. 21.04.2005 – IX ZR 281/03, BGHZ 163, 32 (Juris-Rn. 10 = S. 36); BGH, Urt. v. 07.12.2006 – IX ZR 161/04, ZIP 2007, 194 (Rn. 18); *Bork*, Rn. 222.

³¹² Vgl. BGH, Urt. v. 27.03.1995 – II ZR 140/93, NJW 1995, 1750 (Juris-Rn. 7 = S. 1751); BGH, Beschl. v. 04.04.2012 – XII ZR 52/11, GuT 2012, 282 (Rn. 2 f.); BAG, Urt. v. 12.04.1983 – 3 AZR 73/82, NJW 1984, 998 (Juris-Rn. 14 = S. 998); *Lüke*, in: *KPB*, 39. Lfg. 2/10 § 85 Rn. 17; *Mock*, in: *Uhlenbruck*, § 85 Rn. 25; *Ott/Vuia*, in: *MünchKomm-InsO*, § 80 Rn. 83; *Schumacher*, in: *MünchKomm-InsO*, Vorb. vor §§ 85 bis 87 Rn. 30; *Smid*, in: *Le-*

Erhebt der Insolvenzschuldner die Klage erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder wird die von ihm bereits zuvor erhobene und damit anhängig gemachte Klage erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugestellt, tritt die Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs erst während des laufenden Insolvenzverfahrens ein. Nach dem Wortlaut des Gesetzes würde der Rechtsstreit in diesem Fall nicht unterbrochen,³¹³ die Klage des über den Pflichtteilsanspruch nicht mehr verfügungsbefugten Insolvenzschuldners wäre mangels Prozessführungsbefugnis wegen Unzulässigkeit abzuweisen und ab Rechtshängigkeit der unzulässigen Klage könnte und müsste der dann verfügungsbefugte Insolvenzverwalter selbst den Pflichtteilsanspruch einklagen.³¹⁴ Nach der hier befürworteten Ansicht sind hingegen auf den Fall, dass die Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintritt, die § 240 ZPO, § 85 InsO analog anzuwenden.³¹⁵ Demgemäß wird mit Eintritt der Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs der Prozess nach § 240 ZPO unterbrochen und wie in dem Fall der Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gilt sodann die Aufnahmemöglichkeit nach § 85 InsO. Unproblematisch ist die Verwertung durch den Insolvenzverwalter, wenn der Insolvenzschuldner diesen zur Herbeiführung der Rechtshängigkeit des insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs ermächtigt hat.³¹⁶ In diesem Fall kann der Insolvenzverwalter selbst Klage auf den Pflichtteilsanspruch erheben und ohne die weitere Mitwirkung des Insolvenzschuldners den Prozess fortführen sowie den Pflichtteilsanspruch für die Masse verwerten.

2. Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nach Beendigung des Insolvenzverfahrens

Hat der Insolvenzschuldner vor Beendigung des Insolvenzverfahrens die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht herbeigeführt, endet mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens nach § 200 InsO oder § 258 InsO³¹⁷ oder mit der Einstellung des Insolvenzverfahrens nach den § 207 oder § 211 – § 213 InsO³¹⁸ der Insolvenzbeschluss des Pflichtteilsanspruchs; das Amt des Insolvenzverwalters erlischt und die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den zuvor insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch fällt an den Insolvenzschuldner zurück. Für die Einstellung des Insolvenzverfahrens ist diese

onhardt/Smid/Zeuner, § 80 Rn. 71; *Stackmann*, in: MünchKomm-ZPO, § 240 Rn. 26; *Stadler*, in: Musielak/Voit, § 240 Rn. 5.

³¹³ Oben unter § 8.I.3.c)ff)(1) (S. 190).

³¹⁴ Oben auf S. 191.

³¹⁵ Oben unter § 8.I.3.c)ff)(3) (S. 193).

³¹⁶ Zu dieser Möglichkeit oben unter § 8.I.3.c)hh) (S. 196).

³¹⁷ Dazu, dass das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs als unverwertbarer Massegegenstand der Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht entgegensteht, vgl. *Bork*, ZIP 2009, 2077 (2077, 2080).

³¹⁸ Dazu, dass das Bestehen des Pflichtteilsanspruchs als unverwertbarer Massegegenstand der Einstellung des Insolvenzverfahrens nicht entgegensteht, vgl. *Bork*, ZIP 2009, 2077 (2080 f.).

Rechtsfolge in § 215 Abs. 2 Satz 1 InsO ausdrücklich normiert. Für die Aufhebung des Insolvenzverfahrens ergibt sie sich aus der gebotenen analogen Anwendung der § 215 Abs. 2 Satz 1, § 259 Abs. 1 InsO.³¹⁹ Wie dargestellt,³²⁰ treten diese Rechtswirkungen bei der Aufhebung des Insolvenzverfahrens im Zeitpunkt der Fassung des Beschlusses ein, wobei im Zweifel auf die Mittagsstunde des entsprechenden Tages abzustellen ist; bei der Einstellung des Insolvenzverfahrens treten sie nach Ablauf von zwei Tagen nach der Veröffentlichung des Beschlusses ein.

Auch nach Beendigung des Insolvenzverfahrens ist es dem Insolvenzschuldner ohne Weiteres möglich, durch Rechtshängigmachen des Pflichtteilsanspruchs oder durch Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu bewirken. Wie bereits gezeigt, ist er in seiner Entscheidung über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs unabhängig davon, ob der Pflichtteilsanspruch vor³²¹ oder nach³²² Beendigung des Insolvenzverfahrens entstanden ist, völlig frei; selbst wenn er die Restschuldbefreiung anstrebt, besteht keine Obliegenheit zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs. Führt der Insolvenzschuldner für einen nach Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO herbei, ist, wie ebenfalls gezeigt, zu unterscheiden, ob dies vor dem Ende der Abtretungsfrist des § 287 Abs. 2 InsO bzw. der vorzeitigen Erteilung der Restschuldbefreiung nach § 300 Abs. 1 Satz 2 InsO oder danach erfolgt: Macht er den Pflichtteilsanspruch vor diesen Zeitpunkten geltend, greift die Obliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO, wonach der auf die Restschuldbefreiung bedachte Insolvenzschuldner seinen Pflichtteilsanspruch zur Hälfte des Wertes an den Treuhänder herauszugeben hat.³²³ Macht er den Pflichtteilsanspruch erst nach dem Ende der Abtretungsfrist bzw. der vorzeitigen Erteilung der Restschuldbefreiung geltend, darf er das zu erlangende Vermögen in vollem Umfang für sich behalten.³²⁴ In beiden Fällen kommt eine zwangsweise Verwertung des Pflichtteilsanspruchs durch den Insolvenzverwalter oder eine sonstige dritte Person nicht in Betracht. Fraglich ist damit allein die Verwertung eines vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruchs, für welchen der Insolvenzschuldner die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nach Beendigung des Insolvenzverfahrens herbeiführt. Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich deshalb auf diese Problematik.

³¹⁹ Bork, ZIP 2009, 2077 (2079); Heinze, ZInsO 2012, 1606 (1607); Bork, Rn. 358, 363; Hintzen, in: MünchKomm-InsO, § 200 Rn. 30 f.; Pehl, in: Braun, § 200 Rn. 6; Westphal, in: Nerlich/Römermann, § 200 Rn. 8.

³²⁰ Oben unter § 8.III.1.b)bb) (S. 208).

³²¹ Dazu oben unter § 8.III.1. (S. 205).

³²² Dazu oben unter § 8.III.2. (S. 211).

³²³ Dazu oben unter § 8.III.2.a) (S. 211).

³²⁴ Dazu oben unter § 8.III.2.b)bb) (S. 220).

a) Anordnung der Nachtragsverteilung

In Betracht kommt unter den hier zu prüfenden Umständen das Institut der Nachtragsverteilung. Nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO ordnet das Insolvenzgericht auf Antrag des Insolvenzverwalters oder eines Insolvenzgläubigers oder von Amts wegen die Nachtragsverteilung an, wenn nach dem Schlusstermin Gegenstände der Masse ermittelt werden. Möglich ist eine Nachtragsverteilung auch im Verbraucherinsolvenzverfahren.³²⁵ Frühestmöglicher Zeitpunkt für die Anordnung der Nachtragsverteilung ist die Beendigung des Schlusstermins; die Aufhebung muss noch nicht, kann aber gemäß § 203 Abs. 2 InsO bereits erfolgt sein.³²⁶ Danach ist die Möglichkeit der Anordnung der Nachtragsverteilung zeitlich nicht beschränkt; mithin kann sie auch noch nach Erteilung der Restschuldbefreiung erfolgen.³²⁷ Bei ungünstigem Verhältnis zwischen Kosten und Nutzen der Nachtragsverteilung kann nach § 203 Abs. 3 Satz 1 InsO von ihr abgesehen oder nach § 203 Abs. 3 Satz 2 InsO die Anordnung von der Leistung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht werden. Für den Fall der Einstellung des Insolvenzverfahrens wegen Masseunzulänglichkeit nach § 208 – § 211 InsO ist gemäß § 211 Abs. 3 InsO die Nachtragsverteilung wegen Ermittlung von Gegenständen der Insolvenzmasse ebenfalls möglich. Bei Einstellung des Insolvenzverfahrens mangels Masse besteht die gleiche Interessenlage, sodass in Übereinstimmung mit der Gesetzesbegründung³²⁸ und der heute überwiegend vertretenen Auffassung bei der Einstellung mangels Masse³²⁹ die entsprechende Anwendung der § 211 Abs. 3, § 203 – § 205 InsO geboten ist.³³⁰

Fraglich ist lediglich, ob die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nach Beendigung des Insolvenzverfahrens (bzw. nach Beendigung des Schlusstermins) dem Begriff der nachträglichen Ermittlung von Gegenständen der (Insolvenz-)Masse im Sinne der § 203 Abs. 1 Nr. 3, § 211 Abs. 3 Satz 1 InsO unterfällt. Dieser Begriff ist weit zu verstehen und umfasst neben der Entdeckung von dem Insolvenzverwalter bisher verheimlichten oder anderweitig unbekanntem Massegegenständen etwa auch insolvenzbefangene

³²⁵ BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, NJW 2011, 1448 (Rn. 5); BGH, Beschl. v. 22.05.2014 – IX ZB 72/12, ZIP 2014, 1235 (Rn. 9); BGH, Beschl. v. 18.12.2014 – IX ZB 50/13, ZIP 2005, 281 (Rn. 12).

³²⁶ BGH, Beschl. v. 17.03.2005 – IX ZB 286/03, NZI 2005, 395 (Juris-Rn. 4 = S. 395); *Bork*, Rn. 351 Fn. 12; *Hintzen*, in: MünchKomm-InsO, § 203 Rn. 8.

³²⁷ BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, NJW 2011, 1448 (Rn. 6); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (185); *Heinze*, ZInsO 2012, 1606 (1607); *Krauß*, NotBZ 2011, 212 (214); *Mayer*, MittBayNot 2011, 445 (448); *Hintzen*, in: MünchKomm-InsO, § 203 Rn. 7.

³²⁸ BT-Drs. 12/2443, 221.

³²⁹ Für die Einstellung nach § 212 und § 213 InsO spielt die Nachtragsverteilung keine Rolle; *Hintzen*, in: MünchKomm-InsO, § 203 Rn. 29.

³³⁰ BGH, Beschl. v. 10.10.2013 – IX ZB 40/13, NZI 2013, 1019 (Rn. 7–16); *Zipperer*, EWiR 2012, 183 (183 f.); *Hintzen*, in: MünchKomm-InsO, § 203 Rn. 29; *Holzer*, in: KPB, 64. Lfg. 7/15 § 203 Rn. 29; *Kießner*, in: Braun, § 203 Rn. 33; *Westphal*, in: Nerlich/Römermann, § 204 Rn. 21a. A.A. *Meller-Hannich*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 203 Rn. 3.

Gegenstände, die der Insolvenzverwalter zunächst irrtümlich für nicht verwertbar³³¹ oder nicht werthaltig³³² gehalten hat,³³³ deren Verwertung aufgrund einer Nachlässigkeit des Insolvenzverwalters unterblieben ist³³⁴ oder die erst aufgrund einer nachträglich bekannt gewordenen Insolvenzanfechtungsmöglichkeit zur Insolvenzmasse gezogen werden können³³⁵. Wenn demnach bereits irrtümlich zunächst für nicht verwertbar gehaltene Massegegenstände unter § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO fallen, muss dies erst recht für insolvenzbefangene Gegenstände gelten, die der Insolvenzverwalter zutreffenderweise zunächst für nicht verwertbar gehalten hat, deren Verwertbarkeit aber später eingetreten ist.³³⁶ Genau so verhält es sich aber bei dem vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch, bei dem die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens erfüllt werden. Zu Recht wird daher ganz überwiegend davon ausgegangen, dass ein solcher Pflichtteilsanspruch der Nachtragsverteilung unterfällt.³³⁷ Damit ist die von

³³¹ BGH, Beschl. v. 01.12.2005 – IX ZB 17/04, NJW-RR 2006, 262 (Juris-Rn. 6 = S. 263); BGH, Beschl. v. 21.09.2006 – IX ZB 287/05, ZInsO 2006, 1105 (Rn. 9); BGH, Beschl. v. 26.01.2012 – IX ZB 111/10, NJW-RR 2012, 736 (Rn. 22).

³³² BGH, Beschl. v. 18.11.2010 – IX ZA 36/10, bei Juris (Rn. 2); BGH, Beschl. v. 26.01.2012 – IX ZB 111/10, NJW-RR 2012, 736 (Rn. 22); *Bork*, ZIP 2009, 2077 (2078).

³³³ Kritisch hierzu *Keller*, NZI 2012, 472 (273).

³³⁴ BGH, Beschl. v. 06.12.2007 – IX ZB 229/06, NJW-RR 2008, 428 (Rn. 6); BGH, Beschl. v. 26.01.2012 – IX ZB 111/10, NJW-RR 2012, 736 (Rn. 22 f.).

³³⁵ BGH, Urt. v. 10.02.1982 – VIII ZR 158/80, BGHZ 83, 102 (Juris-Rn. 10 f. = S. 103 f.); BGH, Urt. v. 10.12.2009 – IX ZR 206/08, ZIP 2010, 102 (Rn. 8); *Meller-Hannich*, in: *Jaeger/Henckel*, InsO, § 203 Rn. 9.

³³⁶ BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, NJW 2011, 1448 (Rn. 11); BGH, Beschl. v. 09.10.2014 – IX ZA 20/14, NJW-RR 2015, 180 (Rn. 8); BGH, Beschl. v. 18.12.2014 – IX ZB 50/13, ZIP 2005, 281 (Rn. 17); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (184); *Kießner*, FD-InsR 2011, 313567; *Litzenburger*, FD-ErbR 2011, 313626. Hingegen nur die Freigabe nach § 197 Abs. 1 Nr. 3 InsO oder den Vorbehalt der Nachtragsverteilung zulassend *Keller*, NZI 2012, 472 (273).

³³⁷ BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, NJW 2011, 1448 (Rn. 11); BGH, Beschl. v. 09.10.2014 – IX ZA 20/14, NJW-RR 2015, 180 (Rn. 7); BGH, Beschl. v. 18.12.2014 – IX ZB 50/13, ZIP 2005, 281 (Rn. 14); *Haas/Vogel*, KTS 2011, 387 (391); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (184); *Herrler*, NJW 2011, 2258 (2261); *Floeth*, FamRZ 2011, 1399 (1399); *Fritsche*, NJ 2011, 386 (388); *Messner*, FS Runkel, 431 (436 f., 441); *Storz*, EWIR 2011, 157 (158); *Vallender*, WuB VI A. § 203 InsO 1.11, 223 (223 f.); *Lehmann*, S. 145, 152 Fn. 441; *Firsching/Graf*, Rn. 1.440; *Ahrens*, in: *FK-InsO*, § 295 Rn. 83; *Herzog*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2015, § 2317 Rn. 153; *Hintzen*, in: *MünchKomm-InsO*, § 203 Rn. 15; *Holzer*, in: *KPB*, 64. Lfg. 7/15 § 203 Rn. 13; *Kießner*, in: *Braun*, § 203 Rn. 14; *Meller-Hannich*, in: *Jaeger/Henckel*, InsO, § 203 Rn. 9; *Schumann*, in: *MünchKomm-InsO*, § 83 Rn. 16; *Siegmann*, in: *MünchKomm-InsO*, Anhang zu § 315 Rn. 27; *Westphal*, in: *Nerlich/Römermann*, § 204 Rn. 8. Gegen die Anwendbarkeit der Nachtragsverteilung auf einen derartigen Fall etwa LG Göttingen, Beschl. v. 26.10.2009 – 10 T 86/09, NZI 2009, 896 (Juris-Rn. 4 = S. 896), *Leipold*, FS Gaul, 367 (371 f.) und *Lüke*, FS Kanzleiter, 271 (284), die aber alle davon ausgehen, dass der Pflichtteilsanspruch erst mit Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO Bestandteil der Insolvenzmasse wird.

der höchstrichterlichen Rechtsprechung zunächst ausdrücklich offengelassene Frage beantwortet, ob auf einen derartigen Pflichtteilsanspruch anstelle der Nachtragsverteilung die Obliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO Anwendung finden³³⁸ oder ob er insgesamt dem Insolvenzschuldner zustehendes Vermögen darstellen könnte.³³⁹ Die Anwendung der Nachtragsverteilung auf diesen Fall steht zudem in Einklang damit, dass nach der überwiegenden Auffassung auch Erbschaften oder Vermächtnisse, die vor Beendigung des Insolvenzverfahrens angefallen, aber erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens angenommen worden sind, der Nachtragsverteilung unterliegen.³⁴⁰

b) Durchführung der Nachtragsverteilung

Wird für einen bereits vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch, bei dem die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens erfüllt worden sind, die Nachtragsverteilung angeordnet, tritt mit dieser Anordnung *ex nunc* wieder die Beschlagswirkung ein.³⁴¹ Gemäß § 80 Abs. 1 InsO geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den betroffenen Gegenstand wieder vom Insolvenzschuldner auf den (ehemaligen) Insolvenzverwalter über. Ohne dass es auf die Zustellung des die Nachtragsverteilung anordnenden Beschlusses nach § 204 Abs. 2 Satz 1 InsO oder auf dessen eventuelle öffentliche Bekanntmachung³⁴² ankäme, greifen diese Wirkungen bereits mit der Beschlussfassung ein (Unterschrift des Richters oder Rechtspflegers).³⁴³ Ist die Uhrzeit der Beschlussfassung darin nicht vermerkt, so ist entsprechend § 27 Abs. 3 InsO auf die Mittagsstunde des Tages abzustellen.³⁴⁴ Da der Anordnungsbeschluss den Insolvenzbeschlagn einzelner

³³⁸ Gegen die Anwendbarkeit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf den bereits vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch bereits oben unter § 8.III.1.b)bb) (S. 208).

³³⁹ BGH, Beschl. v. 18.12.2008 – IX ZB 249/07, NJW-RR 2009, 632 (Rn. 15).

³⁴⁰ *Fritsche*, NJ 2011, 386 (388); *Herrler*, NJW 2011, 2258 (2261); *Menzel*, MittBayNot 2011, 374 (374); *Messner*, FS Runkel, 431 (434); *Schumann*, in: MünchKomm-InsO, § 83 Rn. 5, 14. A.A. für das Vermächtnis *Krauß*, NotBZ 2011, 212 (214).

³⁴¹ BGH, Urt. v. 22.02.1973 – VI ZR 165/71, NJW 1973, 1198 (Juris-Rn. 15 = S. 1199); BGH, Beschl. v. 26.01.2012 – IX ZB 111/10, NJW-RR 2012, 736 (Rn. 7, 16); BGH, Beschl. v. 12.02.2015 – IX ZR 186/13, ZInsO 2015, 634 (Rn. 2); BFH, Urt. v. 28.02.2012 – VII R 36/11, BFHE 236, 202 (Rn. 12); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (184); *Zipperer*, EWiR 2012, 183 (183); *Häsemeyer*, Rn. 7.68; *Eickmann*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 65 Rn. 61; *Hintzen*, in: MünchKomm-InsO, § 203 Rn. 21; *Holzer*, in: KPB, 64. Lfg. 7/15 § 203 Rn. 26; *Kießner*, in: Braun, § 203 Rn. 27; *Westphal*, in: Nerlich/Römermann, § 204 Rn. 13, § 205 Rn. 4.

³⁴² Gegen die öffentliche Bekanntmachung des Beschlusses *Kießner*, in: Braun, § 204 Rn. 3; *Wegener*, in: Uhlenbruck, § 204 Rn. 3. Hingegen für die öffentliche Bekanntmachung *Hintzen*, in: MünchKomm-InsO, § 203 Rn. 11, 21.

³⁴³ *Zipperer*, EWiR 2012, 183 (184); *Hintzen*, in: MünchKomm-InsO, § 203 Rn. 21; *Holzer*, in: KPB, 64. Lfg. 7/15 § 203 Rn. 22; *Kießner*, in: Braun, § 203 Rn. 27.

³⁴⁴ BGH, Beschl. v. 26.01.2012 – IX ZB 111/10, NJW-RR 2012, 736 (Rn. 7).

Gegenstände bewirkt und dem Insolvenzverwalter nach § 148 Abs. 2 InsO als vollstreckbarer Titel dient, muss er dem Bestimmtheitserfordernis genügen.³⁴⁵

Sobald die Anordnung der Nachtragsverteilung wirksam geworden ist, ist der erneut berufene Insolvenzverwalter berechtigt und verpflichtet, den nachträglich ermittelten Gegenstand der Insolvenzmasse zu verwerten, um ihn anschließend dem Schlussverzeichnis gemäß verteilen zu können.³⁴⁶ Den Pflichtteilsanspruch hat er also, wie oben dargelegt,³⁴⁷ einzuziehen; erforderlichenfalls muss er ihn gegen den Schuldner des Pflichtteilsanspruchs gerichtlich geltend machen und im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen.

c) Zeitraum vor Anordnung der Nachtragsverteilung

Da die Verfügungsbefugnis über den Pflichtteilsanspruch, für den die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zu diesem Zeitpunkt noch nicht erfüllt waren, mit Beendigung des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzverwalter wieder an den Insolvenzschuldner zurückgefallen ist³⁴⁸ und da der erneute Übergang der Verfügungsbefugnis auf den (ehemaligen) Insolvenzverwalter durch die Anordnung der Nachtragsverteilung nur *ex nunc* wirkt³⁴⁹, kann der Insolvenzschuldner zwischen der Beendigung des Insolvenzverfahrens und der Anordnung der Nachtragsverteilung wirksam über seinen Pflichtteilsanspruch verfügen. Auch können in diesem Zeitraum, in dem das Vollstreckungsverbot des § 89 InsO nicht gilt, die Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers auf den Pflichtteil zugreifen.³⁵⁰ Hat der (frühere) Insolvenzschuldner über einen Gegenstand in diesem Zeitraum wirksam verfügt oder haben Gläubiger in diesen Gegenstand die Zwangsvollstreckung betrieben, kann der Rechtserwerb durch den erneut bestellten Insolvenzverwalter nicht mehr verhindert werden, sodass die Nachtragsverteilung im Sinne des § 203 Abs. 3 InsO wirtschaftlich sinnlos wäre. Sie kann dann folglich nicht mehr angeordnet werden.³⁵¹ Auch kann der be-

³⁴⁵ BGH, Beschl. v. 26.01.2012 – IX ZB 111/10, NJW-RR 2012, 736 (Rn. 9); BGH, Beschl. v. 12.02.2015 – IX ZR 186/13, ZInsO 2015, 634 (Rn. 2); *Heinze*, ZInsO 2012, 1606 (1608); *Zipperer*, EWIR 2012, 183 (184).

³⁴⁶ *Kießner*, in: Braun, § 205 Rn. 4; *Wegener*, in: Uhlenbruck, § 205 Rn. 2–3b.

³⁴⁷ Oben unter § 8.IV.1. (S. 231).

³⁴⁸ Dazu oben unter § 8.IV.2. (S. 234).

³⁴⁹ Dazu oben unter § 8.IV.2.b) (S. 238).

³⁵⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 22.02.1973 – VI ZR 165/71, NJW 1973, 1198 (Juris-Rn. 15 = S. 1199); BGH, Urt. v. 06.12.2007 – IX ZR 143/06, BGHZ 175, 1 (Rn. 8, 10); *Heinze*, ZInsO 2012, 1606 (1607); *Lissner*, BB 2013, 1495 (1495); *Häsemeyer*, Rn. 7.68; *Eickmann*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 65 Rn. 54, 62; *Holzer*, in: KPB, 64. Lfg. 7/15 § 203 Rn. 14; *Kießner*, in: Braun, § 203 Rn. 16; *Meller-Hannich*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 203 Rn. 9 f.; *Westphal*, in: Nerlich/Römermann, § 204 Rn. 13, § 205 Rn. 4; ebenso bereits RG, Urt. v. 06.11.1889 – V 172/89, RGZ 25, 7 (8–10).

³⁵¹ RG, Urt. v. 06.11.1889 – V 172/89, RGZ 25, 7 (9); BGH, Urt. v. 06.12.2007 – IX ZR 143/06, BGHZ 175, 1 (Rn. 8–10); BGH, Beschl. v. 26.01.2012 – IX ZB 111/10, NJW-

troffene Gegenstand nicht – zumindest nicht ohne Weiteres³⁵² – zum Zwecke der Nachtragsverteilung vom Empfänger herausverlangt werden.³⁵³ Da der vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandene Pflichtteilsanspruch haftungsrechtlich aber den Insolvenzgläubigern zugeordnet ist, fragt sich, wie den Interessen der Insolvenzgläubiger gegenüber einer Zwischenverfügung durch den Insolvenzschuldner oder einem zwischenzeitlichen Zwangsvollstreckungszugriff durch einen Gläubiger des Insolvenzschuldners zur Geltung verholfen werden kann.

aa) Vorbehalt der Nachtragsverteilung

Obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich verankert, ist in Rechtsprechung und Literatur die Möglichkeit anerkannt, bei Beendigung des Insolvenzverfahrens die Nachtragsverteilung für bestimmte Gegenstände mit der Folge vorzubehalten, dass diese Gegenstände über die Beendigung des Insolvenzverfahrens hinaus mit dem Insolvenzbeschlagn belegt bleiben.³⁵⁴ Die Verfügungsbefugnis verbleibt dann ebenso wie die Prozessführungsbefugnis beim Insolvenzverwalter;³⁵⁵ sowohl den Insolvenzgläubigern als auch Neugläubigern ist nach § 89 InsO die Zwangsvollstreckung in die betreffenden Gegenstände verwehrt.³⁵⁶ Die spätere Anordnung der Nachtragsverteilung hat in Bezug auf den Insolvenzbeschlagn nur deklaratorischen Charakter und ist lediglich Voraussetzung für die Zulässigkeit der Verteilung.³⁵⁷ Möglich ist der Vorbehalt der Nachtragsverteilung etwa bei noch nicht verwerteten Massegegenständen³⁵⁸ oder bei im Raume stehenden Forderungen, deren Voraussetzungen und Werthaltigkeit erst noch geklärt

RR 2012, 736 (Rn. 17); *Eickmann*, in: Gottwald, *InsR-Hdb.*, § 65 Rn. 62; *Meller-Hannich*, in: Jaeger/Henckel, *InsO*, § 203 Rn. 9.

³⁵² Zur Möglichkeit der Insolvenzanfechtung vgl. unten unter § 9.IV. (S. 266).

³⁵³ *Häsemeyer*, Rn. 7.68; *Eickmann*, in: Gottwald, *InsR-Hdb.*, § 65 Rn. 54; *Holzer*, in: *KPB*, 64. Lfg. 7/15 § 203 Rn. 14; *Kießner*, in: *Braun*, § 203 Rn. 16.

³⁵⁴ BGH, *Beschl. v. 26.01.2012 – IX ZB 111/10*, NJW-RR 2012, 736 (Rn. 16); BGH, *Beschl. v. 10.10.2013 – IX ZB 40/13*, NZI 2013, 1019 (Rn. 16); BFH, *Urt. v. 28.02.2012 – VII R 36/11*, BFHE 236, 202 (Rn. 13); für die Gesamtvollstreckungsordnung BGH, *Beschl. v. 17.02.2011 – IX ZB 268/08*, NJW-RR 2011, 1273 (Rn. 12); *Bork*, ZIP 2009, 2077 (2078–2080) m.w.N.; *Keller*, NZI 2012, 472 (273); *Lissner*, BB 2013, 1495 (1495); *Hintzen*, in: *MünchKomm-InsO*, § 203 Rn. 3, 10, 19, 22 f.; *Kießner*, in: *Braun*, § 203 Rn. 1; *Meller-Hannich*, in: *Jaeger/Henckel, InsO*, § 203 Rn. 10; *Wegener*, in: *Uhlenbruck*, § 203 Rn. 16; *Westphal*, in: *Nerlich/Römermann*, § 204 Rn. 2, 12.

³⁵⁵ *Bork*, ZIP 2009, 2077 (2079); *Lissner*, BB 2013, 1495 (1495); *Hintzen*, in: *MünchKomm-InsO*, § 203 Rn. 23; *Wegener*, in: *Uhlenbruck*, § 203 Rn. 16.

³⁵⁶ *Hintzen*, in: *MünchKomm-InsO*, § 203 Rn. 20; *Wegener*, in: *Uhlenbruck*, § 203 Rn. 16.

³⁵⁷ *Hintzen*, in: *MünchKomm-InsO*, § 203 Rn. 20; *Meller-Hannich*, in: *Jaeger/Henckel, InsO*, § 203 Rn. 10; *Wegener*, in: *Uhlenbruck*, § 203 Rn. 16.

³⁵⁸ *Bork*, ZIP 2009, 2077 (2080).

werden müssen.³⁵⁹ Insbesondere bei Bestehen von Anhaltspunkten für Steuerstattungsansprüche ist ein Vorbehalt der Nachtragsverteilung gängige Praxis.³⁶⁰

Auch für einen bei Beendigung des Insolvenzverfahrens mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO noch nicht verwertbaren Pflichtteilsanspruch kann folglich die Nachtragsverteilung vorbehalten werden, sodass Zwischenverfügungen durch den Pflichtteilsanspruchs inhaber und der (Einzel-) Gläubigerzugriff auf den Pflichtteilsanspruch ausgeschlossen sind.³⁶¹ Da dem Interesse der Insolvenzgläubiger an der Haftung des vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen, aber erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens verwertbar gewordenen Pflichtteilsanspruchs damit wirksam Rechnung getragen werden kann, erscheint es grundsätzlich sinnvoll und ratsam, dass das Insolvenzgericht in seinem Beendigungsbeschluss für einen bereits entstandenen Pflichtteilsanspruch die Nachtragsverteilung vorbehält. Hat ein Insolvenzgericht dies unterlassen, ist zu erwägen, ob neben dem ausdrücklichen Ausspruch auch eine stillschweigende Erklärung des Vorbehalts der Nachtragsverteilung für einen noch nicht verwertbaren Pflichtteilsanspruch anzuerkennen ist. Diese Möglichkeit eines konkludenten Vorbehalts der Nachtragsverteilung wird teilweise anerkannt.³⁶² Sie ist jedoch abzulehnen, weil dem Erfordernis eines Beschlusses des Insolvenzgerichts aus Gründen der Rechtsklarheit nur durch ausdrücklichen Ausspruch Genüge getan werden kann.³⁶³ Fehlt es an einem derartigen Ausspruch im Beendigungsbeschluss, so fragt sich, ob und wie das Haftungsinteresse der Insolvenzgläubiger anderweitig geschützt werden kann.

bb) Verlängerte Nachtragsverteilung

Hat der Pflichtteilsanspruchs inhaber für seine Verfügung eine Gegenleistung erhalten, kommt ein Zugriff des Insolvenzverwalters auf diese Gegenleistung in Betracht.

Voraussetzung für eine Anordnung der Nachtragsverteilung in Bezug auf die Gegenleistung wäre freilich, dass die Gegenleistung im Wege der dinglichen Surrogation an die Stelle des ehemals insolvenzbefangenen Gegenstands getreten ist.³⁶⁴ Teilweise wird das Vorliegen einer solchen dinglichen Surrogation

³⁵⁹ Bork, ZIP 2009, 2077 (2079).

³⁶⁰ BFH, Urt. v. 28.02.2012 – VII R 36/11, BFHE 236, 202 (Rn. 13); Lissner, BB 2013, 1495 (1495–1497).

³⁶¹ Haas/Vogel, KTS 2011, 387 (392 f.); Haas/Vogel, FS Bengel/Reimann, 173 (185 f.); Kießner, FD-InsR 2011, 313567.

³⁶² Hintzen, in: MünchKomm-InsO, § 203 Rn. 10. Jedenfalls für die Möglichkeit des konkludenten Zurückbehaltens von Beträgen im Sinne des § 203 Abs. 1 Nr. 1 InsO OLG Celle, Urt. v. 05.05.1972 – 8 U 127/71, KTS 1972, 265 (266); Holzer, in: KPB, 64. Lfg. 7/15, § 203 Rn. 9; Wegener, in: Uhlenbruck, § 203 Rn. 21.

³⁶³ Kritisch auch Westphal, in: Nerlich/Römermann, § 204 Rn. 6. Kritisch im Rahmen der KO bereits Uhlenbruck, ZIP 1993, 241 (245–247).

³⁶⁴ Etwa Keller, NZI 2012, 472 (274); Hässemeyer, Rn. 7.68, 9.28; Wegener, in: Uhlenbruck, § 203 Rn. 14.

bei der Verfügung über einen ehemals massezugehörigen Gegenstand gegen eine Gegenleistung bejaht.³⁶⁵ Indessen fehlt es an einer die dingliche Surrogation – wie etwa § 718 Abs. 2, § 1048 Abs. 1 Satz 2, § 2111 Abs. 2 BGB – anordnenden Vorschrift, sodass mit der überwiegenden Ansicht das Vorliegen einer dinglichen Surrogation zu verneinen ist und daher die Anordnung einer Nachtragsverteilung in Bezug auf die Gegenleistung ausscheidet.³⁶⁶

Nach der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung rechtfertigt es hingegen der Zweck des § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO, wonach in der Masse vorhanden gewesenes Vermögen der Verwertung zuzuführen ist, auf den Wert der ins Vermögen des Insolvenzschuldners gelangten Gegenleistung im Rahmen einer „verlängerten Nachtragsverteilung“³⁶⁷ auch ohne das Vorliegen einer dinglichen Surrogation³⁶⁸ zuzugreifen. Andernfalls könne die Nachtragsverteilung nämlich leicht vereitelt werden und hinge von reinen Zufälligkeiten ab.³⁶⁹ Ob davon nach dem Rechtsgedanken der § 818 Abs. 3, § 819 BGB eine Ausnahme zu machen ist, wenn der Insolvenzschuldner die Gegenleistung in der Annahme, darüber unbeschränkt verfügen zu können, verbraucht hat, hat der Bundesgerichtshof offengelassen.³⁷⁰

In der Literatur ist diese Entscheidung – zumindest aus praktischer Sicht – teilweise auf Zustimmung gestoßen.³⁷¹ Teilweise wird aber auch das Fehlen einer Begründung durch den Bundesgerichtshof gerügt³⁷² und die Entscheidung als dogmatisch nicht überzeugend abgelehnt.³⁷³ Zumindest bemerkenswert an der Entscheidung ist der Verzicht auf jeden gegenständlichen Bezug der verlängerten Nachtragsverteilung.³⁷⁴ Wenn der Bundesgerichtshof im Tenor seiner Entscheidung die Nachtragsverteilung „hinsichtlich der an den Schuldner zurückerstatteten Rentenversicherungsbeiträge [...] in Höhe von 13.074,81 Euro“ anordnet, wird dadurch nicht etwa die – im Vermögen des Insolvenzschuldners überhaupt nicht mehr unterscheidbar vorhandene – Gegenleistung in Form der

³⁶⁵ *Tetzlaff*, jurisPR-InsR 7/2012 Anm. 1 (unter C.); *Häsemeyer*, Rn. 7.68, 9.28; *Peters*, in: MünchKomm-InsO, § 35 Rn. 66.

³⁶⁶ *Haas/Vogel*, KTS 2011, 387 (393); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (185 f.); *Eickmann*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 65 Rn. 62; *Hintzen*, in: MünchKomm-InsO, § 203 Rn. 16; *Holzer*, in: KPB, 64. Lfg. 7/15 § 203 Rn. 14; *Meller-Hannich*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 203 Rn. 9 Fn. 46.

³⁶⁷ So die Terminologie bei *Heinze*, ZInsO 2012, 1606.

³⁶⁸ Hingegen annehmend, dass der BGH eine dingliche Surrogation bejaht habe, *Tetzlaff*, jurisPR-InsR 7/2012 Anm. 1 (unter C.).

³⁶⁹ BGH, Beschl. v. 26.01.2012 – IX ZB 111/10, NJW-RR 2012, 736 (Rn. 21–23).

³⁷⁰ BGH, Beschl. v. 26.01.2012 – IX ZB 111/10, NJW-RR 2012, 736 (Rn. 24). Für diese Ausnahme, für deren Voraussetzungen die Beweislast entsprechend den materiellen Regelungen im Bereicherungsrecht beim Insolvenzschuldner liegen sollte, *Heinze*, ZInsO 2012, 1606 (1607 f.).

³⁷¹ *Heinze*, ZInsO 2012, 1606 (1607); zustimmend auch *Bittmann*, ZWH 2012, 335 (335); *Kießner*, in: Braun, § 203 Rn. 16.

³⁷² *Keller*, NZI 2012, 472 (273 f.); *Kießner*, in: Braun, § 203 Rn. 16 Fn. 25.

³⁷³ *Keller*, NZI 2012, 472 (274); *Wegener*, in: Uhlenbruck, § 203 Rn. 14.

³⁷⁴ *Heinze*, ZInsO 2012, 1606 (1607).

Zahlung eines Geldbetrags dem Insolvenzbeschlagnachtrag unterworfen. Vielmehr wird durch diese Anordnung der verlängerten Nachtragsverteilung ein Zahlungsanspruch des Insolvenzverwalters gegen den Insolvenzschuldner in Höhe des erhaltenen Gegenwertes festgestellt³⁷⁵ und zugleich titulierte, sodass eine gesonderte Klage des Insolvenzverwalters gegen den Insolvenzschuldner weder erforderlich noch zulässig ist.³⁷⁶ Zahlt der Insolvenzschuldner nicht freiwillig an den Insolvenzverwalter, hat dieser nach den Regeln der ZPO über die (Einzel-) Zwangsvollstreckung die Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen des Insolvenzschuldners zu betreiben, gegebenenfalls also – beim Insolvenzgericht – die Pfändung bestimmter Gegenstände aus dem Vermögen des Insolvenzschuldners zu beantragen.³⁷⁷

Dieser mit der verlängerten Nachtragsverteilung begründete Zahlungsanspruch des Insolvenzverwalters gegen den (früheren) Insolvenzschuldner stellt ein Novum für die insolvenzrechtliche Dogmatik dar, das in der insolvenzrechtlichen Literatur bislang auf erstaunlich wenig Widerhall gestoßen ist. Ob allein der Zweck des § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO einen derart weitreichenden Eingriff in die Systematik des Gesetzes rechtfertigt, ist zumindest fraglich. Kann dem Zweck des § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO, in der Masse vorhanden gewesenes Vermögen der Verwertung zugunsten der Insolvenzgläubiger zuzuführen, mit der Insolvenzanfechtung besser zur Geltung verholfen werden,³⁷⁸ so erübrigt sich die Konstruktion der verlängerten Nachtragsverteilung. Zudem fehlt es jedenfalls aus mehrerlei Gründen auch an der Eignung dieser höchstrichterlichen Lösung zur Erreichung des verfolgten Ziels. Zum einen versagt die verlängerte Nachtragsverteilung, wenn der Insolvenzschuldner nach Beendigung seines Insolvenzverfahrens über einen zuvor insolvenzbefangenen Gegenstand vor Anordnung der Nachtragsverteilung ohne Gegenleistung verfügt, ihn also etwa zum Nachteil der Insolvenzgläubiger verschenkt.³⁷⁹ Zum anderen fehlt es an einer bezifferbar in das Vermögen des Insolvenzschuldners gelangenden Gegenleistung, wenn der ehemals insolvenzbefangene Gegenstand nicht durch Zwischenverfügung des Insolvenzschuldners, sondern durch Zugriff eines seiner Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Vermögen des Insolvenzschuldners ausscheidet. Auch konzeptuell erscheint der Ansatz der höchstrichterlichen Rechtsprechung fragwürdig. Haftungsmäßig den Insolvenzgläubigern zugewiesen ist nämlich der Wert des ehemals insolvenzbefangenen Gegenstands, der aber nicht mit dem Wert der vom Insolvenzschuldner erlangten Gegenleistung übereinstimmen muss. Verkauft und veräußert der Insolvenzschuldner den betreffenden Gegenstand unter Wert, geht dies im Rahmen der verlängerten Nachtragsverteilung ohne Kompensationsmöglichkeit zulasten der Insolvenzgläubiger. Erzielt der In-

³⁷⁵ So zutreffend *Heinze*, ZInsO 2012, 1606 (1607).

³⁷⁶ *Heinze*, ZInsO 2012, 1606 (1609).

³⁷⁷ *Heinze*, ZInsO 2012, 1606 (1609).

³⁷⁸ Dazu ausführlich unten unter § 9.IV.2. (S. 270).

³⁷⁹ *Heinze*, ZInsO 2012, 1606 (1608).

solvenzschuldner durch besonderes Geschick eine überhöhte Gegenleistung, ist nicht einzusehen, weshalb die Insolvenzgläubiger hiervon auch über den Wert des ehemals insolvenzbefangenen Gegenstands selbst hinaus profitieren sollten.

Unbefriedigend ist freilich auch der Vorschlag, gleichsam als Notlösung den Erhalt einer Gegenleistung für eine Zwischenverfügung als Erwerb von Todes wegen im Sinne des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu verstehen.³⁸⁰ Unabhängig von der Frage nach ihrer dogmatischen Zulässigkeit würde diese – von vornherein auf Fälle des Restschuldbefreiungsverfahrens beschränkte – Lösung, die Insolvenzgläubiger nur zur Hälfte am Wert einer eventuellen Gegenleistung teilhaben zu lassen, auch dem berechtigten Interesse der Insolvenzgläubiger an der vollen Partizipation am Wert des ehemals insolvenzbefangenen Gegenstands nicht gerecht.

Mangels tragfähiger dogmatischer Begründung und sachlicher Rechtfertigung ist die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung begründete Möglichkeit der Anordnung einer verlängerten Nachtragsverteilung über den Wert der Gegenleistung für eine Zwischenverfügung daher abzulehnen, sodass bei Verfügungen des Insolvenzschuldners über einen ehemals insolvenzbefangenen Gegenstand – ebenso wie bei der Zwangsvollstreckung durch Dritte in einen solchen Gegenstand – eine Verwertung durch den Insolvenzverwalter im Rahmen der Nachtragsverteilung ausscheidet. Dass im Rahmen der Nachtragsverteilung keine befriedigende Lösung für das Sachproblem der Zwischenverfügungen und des Vollstreckungszugriffs Dritter auf ehemals insolvenzbefangene Gegenstände gefunden werden kann, braucht nicht zu beunruhigen, da im Wege der Insolvenzanfechtung interessengerechte Ergebnisse zu erzielen sind.³⁸¹

V. Massekostendeckungsprüfung nach § 26 InsO

Als weitere Rechtsfolge der Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse ist schließlich zu erörtern, inwiefern der Pflichtteilsanspruch des Insolvenzschuldners für die Massekostendeckungsprüfung im Rahmen des § 26 InsO von Relevanz ist.

Nach § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO ist, vorbehaltlich der Leistung eines Vorschusses oder der Stundung der Kosten des Insolvenzverfahrens nach § 4a InsO³⁸², der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens abzuweisen, wenn das Vermögen des Schuldners voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die Kosten des Verfahrens zu decken. Mit dem Vermögen des Schuldners in diesem Sinne ist die künftige freie Insolvenzmasse unter Einschluss des Neuerwerbs nach § 35 Abs. 1 Var. 2 InsO gemeint.³⁸³ Gegenstände, die nach § 36 InsO nicht zur Insol-

³⁸⁰ Dafür *Haas/Vogel*, KTS 2011, 387 (393); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (187).

³⁸¹ Dazu ausführlich unten unter § 9.IV.2. (S. 270).

³⁸² Zur Verfahrenskostenstundung nach § 4a InsO oben unter § 3.II.3.c) (S. 49).

³⁸³ *Denkhaus*, in: *HambKomm-InsR*, § 26 Rn. 10; *Haarmeyer*, in: *MünchKomm-InsO*, § 26 Rn. 14a, 20; *Keller*, in: *K. Schmidt, InsO*, § 26 Rn. 9; *Mönning/Zimmermann*, in: *Nerlich/Römermann*, § 26 Rn. 16.

venzmasse zu rechnen sind, sind folglich auch bei der Massekostendeckungsprüfung nach § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht zu berücksichtigen.³⁸⁴ Die künftige freie Insolvenzmasse ist vom Insolvenzgericht, regelmäßig unter Zuhilfenahme eines Sachverständigen oder des vorläufigen Insolvenzverwalters,³⁸⁵ prognostisch zu ermitteln,³⁸⁶ wobei der im jeweiligen Einzelfall maßgebliche – großzügig zu bemessende – Prognosezeitraum in den Blick zu nehmen ist.³⁸⁷ Forderungen des Insolvenzschuldners sind mit ihrem voraussichtlich realisierbaren Wert anzusetzen.³⁸⁸

Rechnet man nun entgegen dem Wortlaut der § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO, § 852 Abs. 1 ZPO den Pflichtteilsanspruch zur Insolvenzmasse,³⁸⁹ könnte er demzufolge zwar grundsätzlich für die Massekostendeckungsprüfung nach § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO zu berücksichtigen sein. Allerdings ist zu beachten, dass die Zurechnung des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse nur zum besseren Schutz der Insolvenzgläubiger erfolgt. Ungeachtet seiner Insolvenzbefangenheit ist der Pflichtteilsanspruch des Insolvenzschuldners durch den Insolvenzverwalter erst dann verwertbar, wenn der Insolvenzschuldner die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO herbeigeführt hat.³⁹⁰ Ob der Pflichtteilsanspruch als Vermögen des Insolvenzschuldners im Sinne des § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO anzusehen ist, hängt folglich davon ab, wie wahrscheinlich die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO durch den Insolvenzschuldner ist. Wenn die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bereits erfüllt sind oder wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte von deren Erfüllung durch den Insolvenzschuldner im maßgeblichen Zeitraum auszugehen ist, ist der Pflichtteilsanspruch für die Massekostendeckungsprüfung nach § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO zu berücksichtigen. Fehlen aber konkrete Anhaltspunkte für eine Herbeiführung der Verwertungsreife des Pflichtteilsanspruchs durch den Insolvenzschuldner, hat der Pflichtteilsanspruch

³⁸⁴ *Denkhaus*, in: *HambKomm-InsR*, § 26 Rn. 14; *Keller*, in: *K. Schmidt, InsO*, § 26 Rn. 14; *Mönning/Zimmermann*, in: *Nerlich/Römermann*, § 26 Rn. 28.

³⁸⁵ BGH, Urt. v. 15.01.2009 – IX ZR 56/08, ZIP 2009, 571 (Rn. 13 f.); *Denkhaus*, in: *HambKomm-InsR*, § 26 Rn. 12; *Haarmeyer*, in: *MünchKomm-InsO*, § 26 Rn. 14a, 20; *Mönning/Zimmermann*, in: *Nerlich/Römermann*, § 26 Rn. 17.

³⁸⁶ *Herzig*, in: *Braun*, § 26 Rn. 14; *Keller*, in: *K. Schmidt, InsO*, § 26 Rn. 9; *Mönning/Zimmermann*, in: *Nerlich/Römermann*, § 26 Rn. 15.

³⁸⁷ Zum Prognosezeitraum etwa BGH, Beschl. v. 17.06.2003 – IX ZB 476/02, ZIP 2003, 2171 (*Juris-Rn.* 7 = S. 2172); AG Hamburg, Beschl. v. 20.12.2005 – 67c IN 387/05, ZIP 2006, 1784 (*Juris-Rn.* 12 = S. 1785); *Haarmeyer*, in: *MünchKomm-InsO*, § 26 Rn. 23; *Herzig*, in: *Braun*, § 26 Rn. 10; *Mönning/Zimmermann*, in: *Nerlich/Römermann*, § 26 Rn. 40–42; *Schmerbach*, in: *FK-InsO*, § 26 Rn. 25–27; *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 26 Rn. 15–18.

³⁸⁸ *Haarmeyer*, in: *MünchKomm-InsO*, § 26 Rn. 21; *Herzig*, in: *Braun*, § 26 Rn. 12; *Keller*, in: *K. Schmidt, InsO*, § 26 Rn. 15; *Mönning/Zimmermann*, in: *Nerlich/Römermann*, § 26 Rn. 38; *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 26 Rn. 14.

³⁸⁹ Dazu oben unter § 7.IV. (S. 175).

³⁹⁰ Zur Verwertung des Pflichtteilsanspruchs durch den Insolvenzverwalter oben unter § 8.IV. (S. 231).

als voraussichtlich nicht realisierbarer Vermögenswert für die prognostische Entscheidung nach § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO außer Betracht zu bleiben.³⁹¹

Eine Verpflichtung oder Obliegenheit des Insolvenzschuldners zur Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs kann sich aus § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht ergeben. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Insolvenzschuldner zur Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs gehalten sein kann, um die Stundung der Verfahrenskosten nach § 4a Abs. 1 Satz 1 InsO zu erlangen.³⁹² Selbst wenn in einem konkreten Fall aus § 4a Abs. 1 Satz 1 InsO eine derartige Geltendmachungsobliegenheit herzuleiten ist, führt dies nicht dazu, dass der Pflichtteilsanspruch auch unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO durch den Insolvenzschuldner zu dessen Vermögen im Sinne des § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO zu rechnen wäre.

³⁹¹ So auch *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (180).

³⁹² Dazu bereits oben unter § 3.II.3.c) (S. 49); ferner etwa *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (180 f.).

§ 9 Insolvenzanfechtung

Wirkt der Pflichtteilsanspruchsinhaber als (späterer) Insolvenzschuldner auf einen ihm zustehenden Pflichtteilsanspruch zugunsten einer anderen Person ein oder betreibt ein (späterer) Insolvenzgläubiger die (Einzel-)Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch, so fragt sich, inwieweit gegen derartige Rechtshandlungen später die Insolvenzanfechtung nach der Insolvenzordnung in Betracht kommt.

Insolvenzrechtlich anfechtbar sind nach § 129 InsO vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommene Rechtshandlungen oder Unterlassungen, welche die Insolvenzgläubiger benachteiligen. Anders als bei der Einzelgläubigeranfechtung¹ steht die Befugnis zur Insolvenzanfechtung dabei aber nicht den einzelnen Insolvenzgläubigern, sondern gemäß § 129 Abs. 1 InsO dem Insolvenzverwalter zu. Sind die objektiven und subjektiven Voraussetzungen eines der Anfechtungsgründe der § 130 – § 135 InsO² erfüllt und ist die anzufechtende Rechtshandlung in dem nach dem jeweiligen Anfechtungsgrund maßgeblichen Zeitraum erfolgt, kann der Insolvenzverwalter vom Anfechtungsgegner nach § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO die Rückgewähr dessen, was durch die anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Insolvenzschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, zur Insolvenzmasse verlangen.

Wie bei der Einzelgläubigeranfechtung ist auch für die Insolvenzanfechtung zu klären, ob eine Einwirkung auf den Pflichtteilsanspruch die Insolvenzgläubiger selbst dann benachteiligen kann, wenn der Pflichtteilsanspruch zu diesem Zeitpunkt mangels anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO noch nicht verwertbar ist. Bei der anschließenden Erörterung der gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlungen im Einzelnen ist zu beachten, dass – anders als bei der Einzelgläubigeranfechtung – neben Rechtshandlungen des Insolvenzschuldners auch Rechtshandlungen Dritter der Insolvenzanfechtung unterfallen können. Weiter stellt sich die Frage, ob über den Wortlaut des § 129 Abs. 1 InsO hinaus auch erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgende Einwirkungen auf den Pflichtteilsanspruch der Insolvenzanfechtung unterfallen können. Nach kurzer Darstellung der Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung kann vor dem Hintergrund der gefundenen Ergebnisse der Frage nachgegangen werden, ob die Insolvenzanfechtung auch bei nach Beendigung des In-

¹ Dazu oben unter § 5 (S. 121).

² Als besondere Insolvenzanfechtungsgründe: kongruente Deckung nach § 130 InsO, inkongruente Deckung nach § 131 InsO, unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen nach § 132 InsO. Als allgemeine Anfechtungsgründe: vorsätzliche Benachteiligung nach § 133 InsO, unentgeltliche Leistung nach § 134 InsO sowie – hier nicht weiter relevant – Anfechtung bei Gesellschafterdarlehen nach § 135 InsO.

solvenzverfahrens erfolgenden Einwirkungen auf einen bereits vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch in Betracht kommt.

Da die Regelungen über die Insolvenzanfechtung in weiten Teilen denjenigen über die Einzelgläubigeranfechtung entsprechen und die Sachprobleme dementsprechend parallel liegen, kann in großem Umfang auf die obigen Ausführungen zur Einzelgläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz verwiesen werden, sodass sich die folgenden Darlegungen im Wesentlichen auf die Erörterung der insolvenzanfechtungsspezifischen Fragen beschränken können.

I. Gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen

Grundvoraussetzung der Insolvenzanfechtung ist nach § 129 Abs. 1 InsO, dass die anzufechtende Rechtshandlung die (Gesamtheit der) Insolvenzgläubiger (objektiv) benachteiligt. Dies ist der Fall, wenn die Befriedigung der Insolvenzgläubiger verkürzt, vereitelt, erschwert, gefährdet oder verzögert wird, sodass sich die Befriedigung der Insolvenzgläubiger im Falle des Unterbleibens der angefochtenen Rechtshandlung oder Unterlassung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gestaltet hätte.³ Anders als bei der Einzelgläubigeranfechtung benachteiligt die Insolvenzgläubiger neben der Verkürzung der Aktivmasse auch die Vermehrung der Passivmasse.⁴ Wie bei der Einzelgläubigeranfechtung muss die Gläubigerbenachteiligung nur bei denjenigen Anfechtungstatbeständen, die eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung verlangen,⁵ unmittelbar durch die anzufechtende Rechtshandlung bewirkt werden und zeitgleich mit dieser vorliegen.⁶ Bei allen anderen Anfechtungstatbeständen, bei denen eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung ausreicht, muss die Gläubigerbenachteiligung spätestens im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vorliegen.⁷

Im Folgenden ist zunächst zu untersuchen, inwiefern eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger insbesondere auch vor Erfüllung der Voraussetzungen

³ Etwa BGH, Urt. v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 (Rn. 18); BGH, Urt. v. 26.04.2012 – IX ZR 74/11, BGHZ 193, 129 (Rn. 11); BGH, Urt. v. 17.07.2014 – IX ZR 240/13, ZIP 2014, 1595 (Rn. 6); *de Bra*, in: Braun, § 129 Rn. 25; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 160; *Leithaus*, in: Andres/Leithaus, § 129 Rn. 8; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, § 129 Rn. 63, jeweils m.w.N.

⁴ BGH, Urt. v. 06.04.2006 – IX ZR 185/04, ZIP 2006, 1009 (Rn. 20); BGH, Urt. v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 (Rn. 18); BGH, Urt. v. 19.12.2013 – IX ZR 127/11, NJW 2014, 1239 (Rn. 7); BGH, Urt. v. 10.07.2014 – IX ZR 280/13, ZIP 2014, 1887 (Rn. 12); *Fregel/Keller/Riedel*, Rn. 1408a; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 100; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, § 129 Rn. 63.

⁵ Das ist lediglich bei § 132 Abs. 1 und § 133 Abs. 2 InsO der Fall.

⁶ *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 154 f.

⁷ BGH, Urt. v. 09.12.1999 – IX ZR 102/97, BGHZ 143, 246 (Juris-Rn. 23 f. = S. 253 f.); BGH, Urt. v. 26.04.2012 – IX ZR 146/11, NZI 2012, 562 (Rn. 22 f.); *de Bra*, in: Braun, § 129 Rn. 26; *Ehricke*, in: KPB, 34. Lfg. 11/08, § 129 Rn. 99; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 256; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 84, 125; *Kreft*, in: Gerhardt/Kreft, Rn. 109.

des § 852 Abs. 1 ZPO grundsätzlich möglich ist. Im Anschluss daran kann erörtert werden, welche Rechtshandlungen des Insolvenzschuldners und welche Rechtshandlungen Dritter im Einzelnen gläubigerbenachteiligend sein können.

1. Möglichkeit der Gläubigerbenachteiligung

Dass die Einwirkung des Pflichtteilsanspruchsinhabers auf seinen Pflichtteilsanspruch, insbesondere in Gestalt einer Verfügung über den Pflichtteilsanspruch, sowie die (Einzel-)Zwangsvollstreckung eines Dritten in den Pflichtteilsanspruch die Insolvenzgläubiger benachteiligen können, ist unproblematisch dann zu bejahen, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber zuvor bereits anderweitig die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt hat. Erfolgt die Einwirkung auf den Pflichtteilsanspruch aber vor anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO, ist die Möglichkeit einer Gläubigerbenachteiligung schwieriger zu beurteilen.

a) Verwertbarkeit als Voraussetzung der Anfechtung

Wie bei der Einzelgläubigeranfechtung kann auch im Rahmen der Insolvenzanfechtung eine Gläubigerbenachteiligung nur dann vorliegen, wenn der Insolvenzmasse ein Gegenstand entzogen wird, der andernfalls durch den Insolvenzverwalter zugunsten der Insolvenzgläubiger verwertbar gewesen wäre. Beim Pflichtteilsanspruch ist das insofern fraglich, als der Insolvenzverwalter diesen Anspruch in Ermangelung einer anderweitigen Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vor dem Ausscheiden aus der Insolvenzmasse gerade noch nicht verwerten kann.⁸

Steht die Anfechtung des Zugriffs eines Dritten auf den Pflichtteilsanspruch im Wege der (Einzel-)Zwangsvollstreckung in Rede, ist die Begründung eines Pfändungspfandrechts grundsätzlich gläubigerbenachteiligend, weil das Pfändungspfandrecht nach § 50 Abs. 1 InsO zur abgesonderten Befriedigung berechtigt. Nach den obigen Ausführungen⁹ kann ein Pfändungspfandrecht an dem Pflichtteilsanspruch allerdings auch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO und damit vor Eintritt der Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs erlangt werden. Solange die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind, kann der Pflichtteilsanspruch durch den Insolvenzverwalter aber nicht verwertet werden, sodass sich das Absonderungsrecht des Dritten nicht zum Nachteil der (übrigen) Insolvenzgläubiger auswirken kann. Gläubigerbenachteiligend wirkt die Begründung eines Pfändungspfandrechts vielmehr erst ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO, sodass die Insolvenzanfechtung der Pfändungspfandrechtsbegründung auch erst ab diesem Zeitpunkt in Betracht kommt.

⁸ Zur Verwertung durch den Insolvenzverwalter oben unter § 8.IV. (S. 231).

⁹ Oben unter § 4.IV. (S. 65) und unter § 4.IV.4.a)aa) (S. 85).

Besteht die anzufechtende Rechtshandlung hingegen in einer Verfügung des Insolvenzschuldners über seinen Pflichtteilsanspruch, ist zu berücksichtigen, dass durch ebendiese Verfügung die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt werden.¹⁰ Wenn die Rechtsprechung und die herrschende Ansicht in der Literatur die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch auch schon vor anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bejahen, liegt dem wohl die Übertragung jener von ihnen zur Einzelgläubigeranfechtung angestellten Erwägung zugrunde, dass im Anfechtungsrecht nur das reale Geschehen maßgeblich sei und dass hypothetischen Geschehensabläufen jedenfalls dann keine Beachtung zu schenken sei, wenn der übertragene Gegenstand oder der an seine Stelle getretene Wert im Vermögen des Anfechtungsgegners noch vorhanden sei.¹¹ Mithin beschränkt sich die herrschende Meinung auf den Hinweis, dass durch die Verfügung über den Pflichtteilsanspruch dessen Verwertbarkeit ja gerade eingetreten sei und dass es unbeachtlich sei, ob der Pflichtteilsanspruchsinhaber die Verwertbarkeit ohne die Verfügung auch in anderer Weise herbeigeführt hätte.¹²

Parallel zur Betrachtung bei der Einzelgläubigeranfechtung dürfte es aber auch hier treffender sein, das Sachproblem der Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs als Voraussetzung der Gläubigerbenachteiligung über die exakte Bestimmung der Reichweite und des Gegenstands der Insolvenzanfechtung zu lösen.¹³ Auch für die Insolvenzanfechtung wird formuliert, dass eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger dann zu bejahen sei, wenn die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger ohne die angefochtene Rechtshandlung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gewesen wären.¹⁴ Diese Formulierung lässt das Bedürfnis nach einer genauen Bestimmung der Reichweite und des Gegenstands der Insolvenzanfechtung erkennen. Dabei gilt auch für die Reichweite der Insolvenzanfechtung, dass einzelne, voneinander unabhängige Teile eines Rechtsgeschäfts getrennt voneinander angefochten werden können¹⁵ und dass nach dem Grundsatz der Einzelbetrachtung jede Rechtshandlung – ohne Saldierung von Vor- und Nachteilen und ohne Vorteilsausgleichung – grund-

¹⁰ Zur Gleichstellung von Verfügungen mit der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag oben unter § 4.V.2.b) (S. 107).

¹¹ Dazu oben unter § 5.1.1.a) (S. 124). Speziell für die Insolvenzanfechtung etwa *Huber*, in: Gottwald, *InsR-Hdb.*, § 46 Rn. 73; *Dauernheim*, in: *FK-InsO*, § 129 Rn. 46.

¹² *Herzog*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2015, § 1217 Rn. 158, 161; *Kayser*, in: *MünchKomm-InsO*, § 129 Rn. 182.

¹³ Dazu oben unter § 5.1.1.b) (S. 126).

¹⁴ BGH, Urt. v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 (Rn. 18); BGH, Urt. v. 26.04.2012 – IX ZR 74/11, BGHZ 193, 129 (Rn. 11); BGH, Urt. v. 19.12.2013 – IX ZR 127/11, NJW 2014, 1239 (Rn. 7); *Hirte/Ede*, in: *Uhlenbruck*, § 129 Rn. 160; *Kayser*, in: *MünchKomm-InsO*, § 129 Rn. 77; *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, § 129 Rn. 63.

¹⁵ BGH, Urt. v. 19.04.2007 – IX ZR 59/06, ZIP 2007, 1120 (Rn. 22); *de Bra*, in: *Braun*, § 129 Rn. 16, 18; *Hirte/Ede*, in: *Uhlenbruck*, § 129 Rn. 106; *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, § 129 Rn. 54.

sätzlich selbstständig auf die von ihr ausgehende Gläubigerbenachteiligung zu prüfen ist¹⁶. Der genaue Gegenstand der Insolvenzanfechtung ist dahingehend zu bestimmen, dass nicht die betreffende Rechtshandlung als solche, sondern im Sinne einer vereinzelt Betrachtung nur deren gläubigerbenachteiligende Rechtswirkungen angefochten werden.¹⁷ Hat eine einheitliche Rechtshandlung mehrere Wirkungen, die teilweise gläubigerbenachteiligend und teilweise nicht gläubigerbenachteiligend sind, so können allein die gläubigerbenachteiligenden Wirkungen angefochten werden; einen Rechtsgrundsatz, dass mehrere von einer Rechtshandlung verursachte Wirkungen nur insgesamt oder gar nicht anfechtbar seien, gibt es nicht.¹⁸ Aus dieser Bestimmung von Reichweite und Gegenstand der Insolvenzanfechtung folgt, dass der Insolvenzverwalter im Falle einer Verfügung des Pflichtteilsanspruchsinhabers über seinen Pflichtteilsanspruch allein den Rechtsübergang auf eine dritte Person anfechten kann, ohne dass sich diese Anfechtung zugleich auch auf die für die Insolvenzgläubiger günstige Wirkung der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO durch die Verfügung erstrecken würde.

b) Insolvenzbefangenheit als Voraussetzung der Anfechtung

Kritisch zu hinterfragen ist, ob die vorherige Pfändbarkeit und die daraus folgende Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse Voraussetzung für die Insolvenzanfechtung von Einwirkungen auf den Pflichtteilsanspruch sind. Ganz überwiegend¹⁹ werden in Rechtsprechung und Literatur die Pfändbarkeit und die sich damit aus § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO ergebende (mögliche) Insolvenzbefangenheit des Gegenstands, auf den eingewirkt wird, als Voraussetzung für eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger angesehen.²⁰

¹⁶ BGH, Urt. v. 20.07.2006 – IX ZR 226/03, ZIP 2006, 1639 (Rn. 14); BGH, Urt. v. 01.11.2007 – IX ZR 31/05, BGHZ 170, 276 (Rn. 9); BGH, Urt. v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 (Rn. 18); *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 93; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 55.

¹⁷ BGH, Urt. v. 16.03.1995 – IX ZR 72/94, NJW 1995, 1668 (Juris-Rn. 51 = S. 1670 f.); BGH, Urt. v. 21.01.1999 – IX ZR 329/97, ZIP 1999, 406 (Juris-Rn. 13 = S. 406 f.); BGH, Urt. v. 05.04.2001 – IX ZR 216/98, BGHZ 147, 233 (Juris-Rn. 12 = S. 236 f.); BGH, Urt. v. 09.07.2009 – IX ZR 86/08, ZIP 2009, 1674 (Rn. 29); *Gerhardt*, S. 123–128; *Henckel*, Insolvenzrecht im Umbruch, 239 (240 f.); *Kayser*, ZIP 2015, 449 (451); *Schumacher-Hey*, RNNotZ 2004, 544 (545); *Allgayer*, Rn. 240; *Kreft*, in: Gerhardt/Kreft, Rn. 4; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 6, 56a; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO, § 143 Rn. 9.

¹⁸ BGH, Urt. v. 05.04.2001 – IX ZR 216/98, BGHZ 147, 233 (Juris-Rn. 12 = S. 236 f.); BGH, Urt. v. 09.07.2009 – IX ZR 86/08, ZIP 2009, 1674 (Rn. 32); BGH, Urt. v. 06.10.2009 – IX ZR 191/05, BGHZ 182, 317 (Rn. 13); *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 93. Zu Beispielen der isolierten insolvenzrechtlichen Anfechtbarkeit einzelner Rechtswirkungen einer einheitlichen Rechtshandlung oben unter § 5.1.1.b)bb) (S. 127).

¹⁹ Zu einem alternativen Ansatz unten unter § 9.1.1.c) (S. 253).

²⁰ BGH, Urt. v. 22.03.2001 – IX ZR 373/98, ZIP 2001, 889 (Juris-Rn. 24 = S. 890); BGH, Urt. v. 27.05.2003 – IX ZR 169/02, BGHZ 155, 75 (Juris-Rn. 16 = S. 81 f.); BGH, Urt. v. 07.04.2016 – IX ZR 145/15, ZIP 2016, 1174 (Rn. 17); *Hess*, § 129 Rn. 98; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129

Rechtshandlungen in Bezug auf unpfändbare Gegenstände werden, ebenso wie Rechtshandlungen in Bezug auf schuldnerfremde, wertlose oder wertausschöpfend belastete Gegenstände,²¹ als nicht gläubigerbenachteiligend erachtet.

Diese herrschende Ansicht ist jedenfalls dahingehend zu präzisieren, dass die vorherige Pfändbarkeit vor der anzufechtenden Rechtshandlung allenfalls für diejenigen Insolvenzanfechtungstatbestände verlangt werden kann, die eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung voraussetzen. Bei allen anderen Insolvenzanfechtungstatbeständen, für die eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung ausreicht, genügt es, wenn die Gläubigerbenachteiligung spätestens im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz gegeben ist. Bei letzteren Insolvenzanfechtungstatbeständen könnten folglich die Pfändbarkeit des betreffenden Gegenstands und damit seine (mögliche) Massezugehörigkeit höchstens für den genannten Zeitpunkt gefordert werden.²²

Wie zu der Einzelgläubigeranfechtung bereits ausgeführt,²³ ist es aber wenig sinnvoll, zwar die Pfändbarkeit und die sich daraus über § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO ergebende Insolvenzbefangenheit des betreffenden Gegenstands zu fordern, nicht aber auch dessen Verwertbarkeit. Da die Insolvenzgläubiger nur benachteiligt sein können, wenn der Insolvenzmasse ein Gegenstand entzogen wird, der andernfalls zu ihren Gunsten hätte verwertet werden können, ist neben der Pfändbarkeit auch die Verwertbarkeit im maßgeblichen Zeitpunkt Voraussetzung für das Vorliegen einer Insolvenzgläubigerbenachteiligung. Bejaht man im Rahmen einer wertenden Betrachtung den Eintritt dieser Verwertbarkeit mit Vornahme der anzufechtenden Verfügung, spielt es für die Frage der Benachteiligung der Insolvenzgläubiger keine Rolle, ob der Pflichtteilsanspruch zu einem früheren Zeitpunkt bereits pfändbar war und zur Insolvenzmasse gehörte. Die Gläubigerbenachteiligung und die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch vor anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO wären daher richtigerweise auch dann zu bejahen, wenn man die von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO unabhängige Pfändbarkeit verneinte und den Pflichtteilsanspruch erst ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse zählte.

Die oben offengelassene Frage,²⁴ ob die Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO deshalb zu bejahen ist, weil andernfalls Verfügungen über den Pflichtteilsan-

Rn. 184; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 84; *Leithaus*, in: Andres/Leithaus, § 129 Rn. 8; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, § 129 Rn. 68.

²¹ *Huber*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 46 Rn. 64; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 169–171, 199–210.

²² Vgl. *Henckel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 80; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 187; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 84; *Rogge*, in: HambKomm-InsR, § 129 Rn. 48.

²³ Oben unter § 5.I.2.b) (S. 131).

²⁴ Oben unter § 7.III.3. (S. 172).

spruch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht der Insolvenzanfechtung unterfielen, ist also zu verneinen. Dies bedeutet aber nicht, dass der Pflichtteilsanspruch nicht aus anderen Gründen schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse zu zählen wäre. Wie an der zitierten Stelle ausgeführt, sprechen – unabhängig von der Frage der insolvenzrechtlichen Anfechtbarkeit – anderweitige Argumente dafür, dieser Ansicht im Ergebnis zu folgen.

c) Alternativer Ansatz: Generelle Gläubigerbenachteiligung durch die Weggabe unpfändbarer Gegenstände

Die dargestellten Schwierigkeiten insbesondere bei der Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen der Verwertbarkeit im maßgeblichen Zeitpunkt, denen durch das Abstellen auf die Unbeachtlichkeit hypothetischer Kausalverläufe im Anfechtungsrecht oder durch die exakte Bestimmung von Reichweite und Gegenstand der Insolvenzanfechtung begegnet werden soll, vermeidet ein alternativer Ansatz, der offen für eine normativ-wertende Betrachtung des Merkmals der Gläubigerbenachteiligung plädiert und die Weggabe unpfändbarer Gegenstände generell als gläubigerbenachteiligend ansieht. Hinsichtlich seiner weitgehenden Übereinstimmung mit den Ergebnissen der herrschenden Meinung²⁵ und seiner Anwendung auf die Einzelgläubigeranfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch²⁶ ist dieser Ansatz bereits ausführlich erörtert worden. Die dortigen Erwägungen zur Einzelgläubigeranfechtung sind auf die Insolvenzanfechtung ohne Weiteres zu übertragen, zumal der alternative Ansatz von *Bitter* selbst in erster Linie zur Insolvenzanfechtung entwickelt worden ist. In seiner Anwendung auf die Insolvenzanfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch besagt er, dass diese die Insolvenzgläubiger – unabhängig von einer vorherigen Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs – benachteiligen und daher, das Vorliegen eines Insolvenzanfechtungstatbestands vorausgesetzt, der Insolvenzanfechtung durch den Insolvenzverwalter unterliegen. Es sei klargestellt, dass dieser alternative Ansatz nur bei einer freiwilligen Verfügung des Pflichtteilsanspruchsinhabers greift, nicht hingegen bei einer zwangsweisen Pfändung des Pflichtteilsanspruchs durch einen Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers. Ob dieser alternative Ansatz in sämtlichen denkbaren Fällen berechtigt ist und ob ihm generell zu folgen ist, kann auch hier nicht umfassend untersucht werden.²⁷ Wie bei der Einzelgläubigeranfechtung²⁸ vermag dieser alternative Ansatz zumindest in seiner Anwendung auf die Insolvenzanfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch durchaus zu überzeugen. Er gelangt zu demselben Ergebnis wie die herrschende Meinung, hat aber gegenüber der herrschenden Meinung neben der dogmatischen Vereinfachung den Vorzug,

²⁵ Oben unter § 5.1.3.b) (S. 135).

²⁶ Oben unter § 5.1.3.c) (S. 138).

²⁷ Dazu bereits oben unter § 5.1.3.d)bb) (S. 143).

²⁸ Dazu oben unter § 5.1.3.d)aa) (S. 142).

seine normativ-wertende Grundlage bei der Beurteilung des Vorliegens einer Gläubigerbenachteiligung klar zu benennen.

d) Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass Rechtshandlungen in Bezug auf einen Pflichtteilsanspruch die Insolvenzgläubiger im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO in jedem Fall dann benachteiligen können, wenn im Zeitpunkt der fraglichen Rechtshandlung die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bereits erfüllt sind. Steht die Begründung eines Pfändungspfandrechts am Pflichtteilsanspruch durch einen Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers im Wege der (Einzel-)Zwangsvollstreckung in Rede, ist das zusätzliche Vorliegen der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber zwingende Voraussetzung für das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung; hierfür spielt es keine Rolle, ob die Pfändungspfandrechtsbegründung vor oder nach der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgt ist. Bei einer Verfügung des Pflichtteilsanspruchsinhabers über seinen Pflichtteilsanspruch ist eine Gläubigerbenachteiligung aber auch dann zu bejahen, wenn es vor der Verfügung noch nicht zu einer anderweitigen Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO gekommen ist. Da in der Verfügung des Pflichtteilsanspruchsinhabers die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO liegt, ist die Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs im maßgeblichen Zeitpunkt als Voraussetzung einer Gläubigerbenachteiligung gegeben. Dem Einwand, dass der Pflichtteilsanspruch ohne die anzufechtende Rechtshandlung dem Zugriff durch die Insolvenzgläubiger als unverwertbar entzogen geblieben wäre, ist die Unbeachtlichkeit hypothetischer Geschehensabläufe im Insolvenzanfechtungsrecht oder, treffender, die exakte Bestimmung von Reichweite und Gegenstand der Insolvenzanfechtung entgegenzuhalten. Dass der Pflichtteilsanspruch vor der anzufechtenden Rechtshandlung bereits pfändbar war und nach § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO zur Insolvenzmasse zählte, ist richtigerweise keine Voraussetzung für das Vorliegen einer Benachteiligung der Insolvenzgläubiger. Zu denselben Ergebnissen gelangt man, wenn man mit dem seine normativ-wertende Grundlage klar herausstellenden und daher zumindest insoweit vorzugswürdigen alternativen Ansatz die Weggabe unpfändbarer Gegenstände generell als gläubigerbenachteiligend erachtet.

2. Rechtshandlungen des Insolvenzschuldners

Nach Klärung der Frage, wann eine Gläubigerbenachteiligung als Voraussetzung der Insolvenzanfechtung grundsätzlich möglich ist, sind nunmehr die gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlungen des Insolvenzschuldners im Einzelnen darzustellen. Hierzu kann auf die Erörterung der anfechtbaren Rechtshandlungen im Rahmen der Einzelgläubigeranfechtung verwiesen werden.²⁹ Verfü-

²⁹ Oben unter § 5.II. (S. 145).

gungen des Pflichtteilsanspruchsinhabers über seinen Pflichtteilsanspruch in Gestalt der Abtretung oder der Belastung – etwa der Verpfändung – sind danach stets gläubigerbenachteiligend.³⁰ Erfolgt die Verfügung nach anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO, versteht sich dies von selbst. Nach den obigen Erwägungen zur Möglichkeit der Gläubigerbenachteiligung³¹ ist eine solche aber auch zu bejahen, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber seinen Pflichtteilsanspruch abtritt oder belastet, ohne zuvor in anderer Weise die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt zu haben.

Auch für die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit des – ebenfalls eine Verfügung darstellenden – Verzichts auf den Pflichtteilsanspruch hat das im Rahmen der (Einzel-)Zwangsvollstreckung Ausgeführte³² entsprechend zu gelten: Der nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgende Verzicht benachteiligt die Insolvenzgläubiger und unterliegt der Insolvenzanfechtung.³³ Verzichtet der Pflichtteilsanspruchsinhaber hingegen vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO auf seinen Pflichtteilsanspruch, so ist darin entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung³⁴ mit dem überwiegenden Teil der Literatur keine zur Anfechtung berechtigende Benachteiligung der Insolvenzgläubiger zu sehen, weil der Verzicht Bestandteil der von § 36 Abs. 1 InsO, § 852 Abs. 1 ZPO geschützten Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers ist und weil in dem Verzicht gerade keine Realisierung des Vermögenswerts des Pflichtteilsanspruchs liegt.³⁵ Bestandteil der geschützten Entscheidungsfreiheit und daher nicht anfechtbar ist es auch, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber auf seinen Pflichtteilsanspruch nur teilweise verzichtet.³⁶

Das Unterlassen der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs bis zum Eintritt der Verjährung³⁷ benachteiligt die Insolvenzgläubiger, wenn es nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgt.³⁸ Vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO hingegen ist der Pflichtteilsanspruchsinhaber in seiner Entscheidung über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs frei, sodass es nicht als zur Insolvenzanfechtung berechtigende Gläu-

³⁰ Etwa *Kreft*, in: *Kreft*, § 129 Rn. 55.

³¹ Oben unter § 9.I. (S. 248).

³² Oben unter § 5.II.1. (S. 145).

³³ Etwa *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (188).

³⁴ *Ivo*, ZErB 2003, 250 (255); *Klump*, ZEV 1998, 123 (127); *Siegmann*, in: MünchKommInsO, Anhang zu § 315 Rn. 27 Fn. 51.

³⁵ *Bartels*, KTS 2003, 41 (60 f.); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (188); *Mayer*, MittBayNot 2011, 445 (447); *Muscheler*, Universalsukzession, S. 211; *Grziwotz*, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, § 2317 Rn. 43; *Henckel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 36 Rn. 37; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 409; *Kreft*, in: *Kreft*, § 129 Rn. 20; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 12.

³⁶ *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 409.

³⁷ Dazu im Rahmen der Einzelgläubigeranfechtung oben unter § 5.II.2. (S. 149).

³⁸ *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (188).

bigerbenachteiligung gewertet werden kann, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber seinen Pflichtteilsanspruch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO verjähren lässt.³⁹

3. Rechtshandlungen Dritter

Anders als bei der Einzelgläubigeranfechtung muss die anzufechtende Rechtshandlung bei der Insolvenzanfechtung nicht zwangsläufig vom Insolvenzschuldner ausgehen; vielmehr kommen auch Handlungen Dritter in Betracht, insbesondere Handlungen einzelner Insolvenzgläubiger.⁴⁰ Dieser Unterschied folgt daraus, dass in § 1 Abs. 1 AnfG ausdrücklich von „Rechtshandlungen eines Schuldners“ die Rede ist, wohingegen sich § 129 Abs. 1 InsO allgemein auf „Rechtshandlungen“ ohne den Zusatz „eines Schuldners“ bezieht. Bei genauem Hinsehen zeigt sich allerdings, dass dieser in den Grundnormen der beiden Anfechtungsarten angelegte Unterschied durch die Regelungen zum Urheber der Rechtshandlung in den einzelnen Anfechtungstatbeständen modifiziert wird. Zum einen sehen die § 6, § 6a AnfG, die dem § 135 InsO entsprechen, entgegen dem Grundsatz des § 1 Abs. 1 AnfG auch die Einzelgläubigeranfechtung von Rechtshandlungen Dritter vor.⁴¹ Zum anderen ist im Rahmen der InsO die Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO, der dem § 3 AnfG entspricht, und die Anfechtung einer unentgeltlichen Leistung nach § 134 InsO, der dem § 4 AnfG entspricht, ausweislich des Wortlauts dieser Vorschriften auf Rechtshandlungen des (Insolvenz-)Schuldners begrenzt.⁴² In der Urheberschaft der nach diesen allgemeinen Anfechtungsgründen anzufechtenden Rechtshandlungen stimmen die Einzelgläubiger- und die Insolvenzanfechtung also überein. Im hier relevanten Zusammenhang mit Einwirkungen auf den Pflichtteilsanspruch besteht der wesentliche Unterschied aber darin, dass nach den besonderen Anfechtungsgründen der § 130, § 131, § 132 InsO, die im AnfG keine Entsprechung haben, auch die Anfechtung von Rechtshandlungen Dritter möglich ist.

³⁹ *Bartels*, KTS 2003, 41 (58–60); *Deutsches Notarinstitut*, DNotI-Report 2003, 179 (182); *Floeth*, FamRZ 2010, 460 (461); *Floeth*, FamRZ 2011, 1399 (1400); *Frank*, FS Leipold, 983 (991); *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (187 f.); *Ivo*, ZErB 2003, 250 (255); *Mayer*, Mitt-BayNot 2011, 445 (447); *Geitner*, S. 24; *Menzel*, S. 188; *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 4137; *Grziwotz*, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, § 2317 Rn. 43; *Henckel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 36 Rn. 37; *Müller*, in: BeckOK-BGB, § 2317 Rn. 12; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, § 129 Rn. 104; *Siegmann*, in: MünchKomm-InsO, Anhang zu § 315 Rn. 27.

⁴⁰ Zur KO: BGH, Urt. v. 26.02.1969 – VIII ZR 41/67, WM 1969, 374 (Juris-Rn. 53 = S. 375 f.); BGH, Urt. v. 02.02.1972 – VIII ZR 152/70, BGHZ 58, 108 (Juris-Rn. 5 = S. 110). Zur GesO: BGH, Urt. v. 20.01.2000 – IX ZR 58/99, BGHZ 143, 332 (Juris-Rn. 8 ff. = S. 334 ff.). Zur InsO: *Frege/Keller/Riedel*, Rn. 1399b; *Huber*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 46 Rn. 28; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 136; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 34 f.; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, § 129 Rn. 41.

⁴¹ Etwa *Kirchhof*, in: MünchKomm-AnfG, § 6 Rn. 43.

⁴² BGH, Urt. v. 10.02.2005 – IX ZR 211/02, BGHZ 162, 143 (Juris-Rn. 14 = S. 147); *Huber*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 46 Rn. 28; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 136.

Praktisch relevante Anwendungsfälle der Insolvenzanfechtung von Rechtshandlungen Dritter nach den besonderen Anfechtungstatbeständen der § 130, § 131, § 132 InsO sind neben einseitigen Rechtsgeschäften Maßnahmen der (Einzel-)Zwangsvollstreckung durch Gläubiger des Insolvenzschuldners.⁴³ § 141 InsO stellt klar, dass neben „freiwilligen“ Leistungen des Insolvenzschuldners aufgrund eines vollstreckbaren Schultitels auch Maßnahmen der (Einzel-)Zwangsvollstreckung angefochten werden können.⁴⁴ Sofern durch die (Einzel-)Zwangsvollstreckung eine Sicherung oder Befriedigung erlangt wird, liegt eine inkongruente Deckung im Sinne des § 131 InsO vor.⁴⁵ Insbesondere die Pfändung eines zur (späteren) Insolvenzmasse gehörenden Gegenstands beeinträchtigt die (anderen) Insolvenzgläubiger, weil das durch die Pfändung entstehende Pfändungspfandrecht im Sinne des § 50 InsO zur abgesonderten Befriedigung berechtigt und der absonderungsberechtigte Gläubiger nach § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO bei der Verwertung des Erlöses aus dem Gegenstand vor den (weiteren) Insolvenzgläubigern zu befriedigen ist.⁴⁶

Freilich sind bei Maßnahmen der (Einzel-)Zwangsvollstreckung durch Dritte die § 88, § 89 InsO zu berücksichtigen:

Nach § 89 Abs. 1 InsO sind von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zu seiner Beendigung Zwangsvollstreckungen einzelner Insolvenzgläubiger sowohl in das insolvenzbehaftete als auch in das sonstige Vermögen des Insolvenzschuldners unzulässig. Dieses Vollstreckungsverbot ist von Amts wegen zu beachten. Bei einem Verstoß gegen das Vollstreckungsverbot tritt zwar die öffentlich-rechtliche Verstrickung ein, ein Pfändungspfandrecht kann jedoch nicht entstehen.⁴⁷ Für den Pflichtteilsanspruch des Insolvenzschuldners bedeutet dies, dass Insolvenzgläubiger ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Pflichtteilsanspruch nicht mehr pfänden und ihn sich nicht mehr überweisen lassen können.

⁴³ Gruber, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Schwerpunktbeitrag 8 (Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Einzelzwangsvollstreckung) Rn. 61; *de Bra*, in: Braun, § 129 Rn. 20; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 136; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 35; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, § 129 Rn. 42 f.

⁴⁴ *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 141 Rn. 1; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO, § 141 Rn. 1; *Riggert*, in: Braun, § 141 Rn. 1.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 15.05.2003 – IX ZR 194/02, ZIP 2003, 1304 (Juris-Rn. 7 = S. 1304 f.); BGH, Urt. v. 22.01.2004 – IX ZR 39/03, BGHZ 157, 350 (Juris-Rn. 11 = S. 353); *Gruber*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Schwerpunktbeitrag 8 (Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Einzelzwangsvollstreckung) Rn. 64.

⁴⁶ Zur KO BGH, Urt. v. 03.07.1984 – IX ZR 82/83, NJW 1985, 200 (Juris-Rn. 4 = S. 200 f.); BGH, Urt. v. 15.12.1994 – IX ZR 24/94, BGHZ 128, 196 (Juris-Rn. 31 = nicht abgedruckt). Zur InsO *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 344; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 35.

⁴⁷ *Gruber*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Schwerpunktbeitrag 8 (Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Einzelzwangsvollstreckung) Rn. 18; *Breuer*, in: MünchKomm-InsO, § 89 Rn. 59, 62 f.; *Kroth*, in: Braun, § 89 Rn. 14; *Mock*, in: Uhlenbruck, § 89 Rn. 40, 44; *Wittkowski/Kruth*, in: Nerlich/Römermann, § 89 Rn. 22.

Die als Rückschlagsperre bezeichnete Vorschrift des § 88 Abs. 1 InsO ordnet an, dass eine Sicherung, welche ein Insolvenzgläubiger ab dem letzten Monat vor dem Insolvenzeröffnungsantrag an einem insolvenzbefangenen Gegenstand erlangt, mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens unwirksam wird. Nach Abs. 2 der Vorschrift erstreckt sich diese Frist auf die letzten drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, wenn es sich um ein Verbraucherinsolvenzverfahren im Sinne des § 304 InsO handelt. Wohlgemerkt gilt § 88 InsO nur für das Erlangen einer Sicherung; demgegenüber wird eine von einem Insolvenzgläubiger im fraglichen Zeitraum bereits erlangte Befriedigung nicht nach § 88 InsO unwirksam.⁴⁸ Die Entstehung des Pfändungspfandrechts unterfällt damit der Rückschlagsperre des § 88 InsO.⁴⁹ Maßgeblicher Zeitpunkt im Sinne des § 140 Abs. 1 InsO ist die Entstehung des Pfändungspfandrechts mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner.⁵⁰ Bei der Überweisung einer gepfändeten Forderung ist zu unterscheiden: Erfolgt die Überweisung zur Einziehung nach § 835 Abs. 1 Var. 1 ZPO, stellt sie eine dem § 88 InsO unterfallende Sicherung dar. Die Überweisung an Zahlungs statt nach § 835 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 InsO hingegen ist eine von § 88 InsO unberührt bleibende Befriedigung des vollstreckenden Gläubigers.⁵¹ Beim Pflichtteilsanspruch werden also dessen Pfändung sowie dessen Überweisung zur Einziehung, sofern in den Fristen des § 88 InsO erfolgt, mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Pflichtteilsanspruchsnehmers ohne Weiteres unwirksam, wenn man den Pflichtteilsanspruch bereits ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Insolvenzmasse zählt.⁵² Geht man hingegen davon aus, dass der Pflichtteilsanspruch erst mit Eintritt seiner Verwertbarkeit insolvenzbefangen wird⁵³ und werden die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfüllt, so wird § 88 InsO so zu verstehen sein, dass die Unwirksamkeitsfolge dann mit Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO eintritt.

Ist eine (Einzel-)Zwangsvollstreckungsmaßnahme eines Dritten in den Pflichtteilsanspruch des insolventen Pflichtteilsanspruchsschuldners bereits nach § 88 oder § 89 InsO unwirksam, so bedarf es der Insolvenzanfechtung

⁴⁸ Gruber, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Schwerpunktbeitrag 8 (Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Einzelzwangsvollstreckung) Rn. 37; Breuer, in: MünchKomm-InsO, § 88 Rn. 18; Kroth, in: Braun, § 88 Rn. 6; Mock, in: Uhlenbruck, § 88 Rn. 3, 24.

⁴⁹ Gruber, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Schwerpunktbeitrag 8 (Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Einzelzwangsvollstreckung) Rn. 42; Breuer, in: MünchKomm-InsO, § 88 Rn. 16, 23; Kroth, in: Braun, § 88 Rn. 6.

⁵⁰ Gruber, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Schwerpunktbeitrag 8 (Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Einzelzwangsvollstreckung) Rn. 41, 67; Kroth, in: Braun, § 88 Rn. 6. Vgl. dazu bereits oben unter § 4.IV.4.a)aa) (S. 85).

⁵¹ Breuer, in: MünchKomm-InsO, § 88 Rn. 18, 23; Mock, in: Uhlenbruck, § 88 Rn. 16, 50.

⁵² Dazu oben unter § 7.III.3. (S. 172).

⁵³ Nachweise oben unter 16 (S. 165) in Fn. 16.

nicht.⁵⁴ Teilweise wird sie daher für ausgeschlossen gehalten.⁵⁵ Bejaht man aber mit einer vorzugswürdigen Ansicht in der Literatur die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung unbeschadet ihrer Unwirksamkeit,⁵⁶ unterliegen auch nach § 88 oder § 89 InsO unwirksame (Einzel-)Zwangsvollstreckungsmaßnahmen der Insolvenzanfechtung.⁵⁷

Neben Maßnahmen der (Einzel-)Zwangsvollstreckung kommt als anfechtbare Rechtshandlung Dritter auch die Herbeiführung einer Aufrechnungslage gegen den Pflichtteilsanspruch in Betracht. Allerdings ist nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO die Aufrechnung – unabhängig davon, ob sie vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erklärt wird⁵⁸ – unzulässig und folglich unwirksam, wenn der Insolvenzgläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat. Da diese Unwirksamkeitsfolge automatisch und ohne vorherige Erklärung der Insolvenzanfechtung eintritt, ist eine tatsächliche Ausübung der Insolvenzanfechtung durch den Insolvenzverwalter insoweit nicht erforderlich. Zur Vorschrift des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO kann im Übrigen auf deren Erörterung im Rahmen des Abschnitts über die Aufrechnung in der Insolvenz verwiesen werden.⁵⁹

II. Zeitliche Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung

Nach § 129 Abs. 1 InsO unterfallen gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen der Insolvenzanfechtung nur dann, wenn sie vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind. Zwar ist in § 130 Abs. 1 Nr. 2, § 131 Abs. 1 Nr. 1, § 132 Abs. 1 Nr. 2 und § 133 Abs. 1 InsO die Anfechtung von Rechtshandlungen auch nach dem Insolvenzeröffnungsantrag vorgesehen; abgesehen von den Fällen des § 147 InsO muss die Rechtshandlung nach § 129 Abs. 1 InsO dabei aber stets vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt sein.⁶⁰ Wann genau eine Rechtshandlung als vorgenommen gilt, bestimmt sich gemäß § 140 InsO nach dem Zeitpunkt, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten. Sofern diese Wirkungen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintreten, ist danach der Anwendungsbereich der Insolvenzanfechtung in zeitlicher Hinsicht unproblematisch eröffnet.

Fraglich ist jedoch, ob auch eine nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommene Rechtshandlung der Insolvenzanfechtung unterfallen kann. Nimmt man mit der herrschenden Meinung an, dass der Pflichtteilsanspruch

⁵⁴ Huber, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 46 Rn. 28 f.

⁵⁵ Mock, in: Uhlenbruck, § 88 Rn. 2.

⁵⁶ Dazu sogleich unter § 9.II. (S. 259).

⁵⁷ Dies als herrschende Meinung bezeichnend Gruber, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Schwerpunktbeitrag 8 (Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Einzelzwangsvollstreckung) Rn. 69.

⁵⁸ Vgl. nur Hirte/Ede, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 58 m.w.N.

⁵⁹ Unten unter § 10.III. (S. 279).

⁶⁰ BGH, Urt. v. 01.12.2011 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 (Rn. 8).

schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse gehört,⁶¹ kann der Insolvenzschuldner ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 80 Abs. 1, § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht mehr wirksam über seinen Pflichtteilsanspruch verfügen;⁶² Maßnahmen der (Einzel-)Zwangsvollstreckung sind ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch § 89 Abs. 1 Var. 1 InsO ausgeschlossen. Der Frage nach der Anwendbarkeit der Insolvenzanfechtung auf Rechtshandlungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommt dann keine Bedeutung zu. Bejaht man hingegen in wortlautgetreuer Anwendung der § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO, § 852 Abs. 1 ZPO die Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs erst ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO, sind zwar Maßnahmen der (Einzel-)Zwangsvollstreckung nach § 89 Abs. 1 Var. 2 InsO ebenfalls ausgeschlossen, jedoch kann der Schuldner dann auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch wirksam über seinen Pflichtteilsanspruch verfügen,⁶³ sodass die Frage, ob auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommene Rechtshandlungen insolvenzrechtlich angefochten werden können, insofern durchaus von Relevanz ist. Bedeutsam ist die Frage ferner allemal hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen in Bezug auf einen vormals insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch nach Beendigung des Insolvenzverfahrens.⁶⁴

Da die Vorschrift des § 147 InsO, derzufolge auch bestimmte nach Verfahrenseröffnung vorgenommene Rechtshandlungen anfechtbar sind, für eine Verfügung über den Pflichtteilsanspruch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht einschlägig ist, ist die Anfechtbarkeit einer solchen Verfügung vom Wortlaut des § 129 Abs. 1 InsO her gesehen eigentlich ausgeschlossen.⁶⁵ Allerdings beruht die Regelung zum zeitlichen Umfang der Insolvenzanfechtung in § 129 Abs. 1 InsO ersichtlich auf dem Gedanken, dass die Anfechtung von nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen in aller Regel deshalb nicht erforderlich ist, weil diese Rechtshandlungen mangels Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners unwirksam sind und die Masse durch § 80 – § 82 InsO, § 89, § 91, § 96 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 6 InsO hinreichend geschützt ist.⁶⁶ Deshalb ist § 129 Abs. 1 InsO einschränkend in dem Sinne zu

⁶¹ Dazu oben unter § 7.IV. (S. 175).

⁶² Dazu oben unter § 7.III.2.a) (S. 171).

⁶³ Dazu oben unter § 7.III.2.a) (S. 171).

⁶⁴ Dazu ausführlich unten unter § 9.IV. (S. 266).

⁶⁵ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 01.12.2011 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 (Rn. 7); BGH, Urt. v. 12.07.2012 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 (Rn. 7); BGH, Urt. v. 13.03.2014 – IX ZR 147/11, ZIP 2014, 1037 (Rn. 23); *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 89; *Kreft*, in: *Kreft*, § 129 Rn. 35.

⁶⁶ BGH, Urt. v. 01.12.2011 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 (Rn. 20); BGH, Urt. v. 12.07.2012 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 (Rn. 6); *Hirte*, ZInsO 2004, 1161 (1165); *Fregel/Keller/Riedel*, Rn. 1392b; *Häsemeyer*, Rn. 21.31a; *Huber*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 46 Rn. 39; *Andres*, in: *Andres/Leithaus*, § 129 Rn. 13; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 89; *Kayser*, in: *MünchKomm-InsO*, § 129 Rn. 74.

verstehen, dass die dortige zeitliche Begrenzung nur für diese Regelfälle gilt und dass § 129 Abs. 1 InsO die Anfechtung von nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen nicht auch dann ausschließen will, wenn diese Anfechtung aus besonderen Gründen doch angezeigt erscheint.

So kann die Anfechtung von mangels Verfügungsbefugnis bereits unwirksamen Rechtshandlungen etwa dann sinnvoll sein, wenn die Unwirksamkeit der Rechtshandlung schwieriger zu ermitteln oder zu beweisen ist als deren Anfechtbarkeit.⁶⁷ Zu Recht sieht die höchstrichterliche Rechtsprechung zudem in der Regelung des § 147 InsO keine Ausnahmenvorschrift, die nicht verallgemeinert werden dürfte, sondern wertet im Gegenteil die Existenz des § 147 InsO als Beweis dafür, dass die Anfechtung von Rechtshandlungen, die erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen, der InsO nicht völlig fremd ist und dass § 129 Abs. 1 InsO mit dem Bezug auf Rechtshandlungen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine für das Anfechtungsrecht schlechthin unentbehrliche Voraussetzung bezeichnet, die jede Durchbrechung ausschliesse.⁶⁸ Eine derartige Durchbrechung hat die höchstrichterliche Rechtsprechung durch analoge Anwendung der § 143 Abs. 3 Satz 1, § 135 Abs. 2 InsO für den Fall zugelassen, dass ein doppelt gesicherter Gesellschaftsgläubiger nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft durch Verwertung der Gesellschaftssicherheit befriedigt und die Gesellschaftersicherung hierdurch frei wird.⁶⁹ In der Literatur wird darüber hinaus die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit von Verfügungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens generell immer dann bejaht, „wenn eine masseschmälernde Verfügung nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzverwalter trotz seiner umfassenden Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gemäß § 80 nicht mehr verhindert werden kann und nicht davon auszugehen ist, dass die Unanfechtbarkeit der Verfügung dem Willen des Gesetzgebers entspricht“.⁷⁰ So ist zur Schließung etwaiger Lücken im Insolvenzbefehl davon auszugehen, dass entgegen dem Wortlaut des § 129 Abs. 1 InsO auch erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommene

⁶⁷ BGH, Urt. v. 14.10.2010 – IX ZR 16/10, NZI 2011, 189 (Rn. 10); zur KO BGH, Urt. v. 11.06.1992 – IX ZR 255/91, BGHZ 118, 374 (Juris-Rn. 19 ff. = S. 380 ff.); *Häsemeyer*, Rn. 21.31a; *Huber*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 46 Rn. 24 f.; *Bork*, in: KPB, 50. Lfg. 9/12, Vor § 129 Rn. 19; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 116; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 74, 134 f. Vgl. auch BGH, Urt. v. 11.06.1992 – IX ZR 255/91, BGHZ 118, 374 (Juris-Rn. 20 = S. 380); BGH, Urt. v. 18.02.1993 – IX ZR 129/92, NJW 1993, 1640 (Juris-Rn. 20 = S. 1641).

⁶⁸ BGH, Urt. v. 01.12.2011 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 (Rn. 20).

⁶⁹ BGH, Urt. v. 01.12.2011 – IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 (Rn. 19–20). Zustimmung *Kreft*, in: *Kreft*, § 147 Rn. 9. Hingegen kritisch und einen massiven Systembruch befürchtend *Bork*, FS *Ganter*, 135 (147).

⁷⁰ *Kreft*, in: *Kreft*, § 147 Rn. 9.

Rechtshandlungen – auch solche von Dritten – der Insolvenzanfechtung unterliegen können.⁷¹

Folgt man dem, steht § 129 Abs. 1 InsO der Anfechtung einer Verfügung über den Pflichtteilsanspruch durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber sowie einer Pfändung des Pflichtteils durch einen Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers in zeitlicher Hinsicht auch dann nicht entgegen, wenn die entsprechende Rechtshandlung erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über den Pflichtteilsanspruch vorgenommen wird. Die oben angesprochene Frage,⁷² ob die Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO angenommen werden muss, um die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch vor anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bejahen zu können, ist damit zu verneinen. Sowohl vor als auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgende Einwirkungen auf den Pflichtteilsanspruch sind der insolvenzrechtlichen Anfechtung unabhängig davon zugänglich, ob man den Pflichtteilsanspruch mit der herrschenden Meinung entgegen dem Wortlaut der § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO, § 852 Abs. 1 ZPO bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO als insolvenzbefangen erachtet. Freilich schließt dieses Ergebnis nicht aus, die von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO unabhängige Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs aus den anderen, an der zitierten Stelle erörterten Gründen zu bejahen.⁷³

III. Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung

Als Rechtsfolge der Insolvenzanfechtung steht nach § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO dem Insolvenzverwalter gegen den Anfechtungsgegner ein Primäranspruch auf Rückgewähr dessen, was durch die angefochtene Rechtshandlung aus dem Vermögen des Insolvenzschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, zur Insolvenzmasse zu. Anders als bei der Einzelgläubigeranfechtung⁷⁴ hat der Anfechtungsgegner das aus dem Vermögen des Insolvenzschuldners Ausgeschiedene also nicht nur durch Duldung der Zwangsvollstreckung zur Verfügung zu stellen, sondern es – grundsätzlich in Natur – in die Insolvenzmasse zurückzugewähren.⁷⁵ Gerichtet ist die Insolvenzanfechtung – wie auch die Einzelgläubiger-

⁷¹ *Hirte*, ZInsO 2004, 1161 (1165); *Häsemeyer*, Rn. 21.31a; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 91; *Kayser*, in: MünchKomm-InsO, § 129 Rn. 74. Vgl. auch *Ivo*, ZERB 2003, 250 (251).

⁷² Oben unter § 7.III.3. (S. 172).

⁷³ Dazu oben unter § 7.III.3. (S. 172).

⁷⁴ Vgl. *Mauer*, Rn. 361; *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Vorbemerkung zu §§ 1 ff. AnfG Rn. 3; *Huber*, Einführung Rn. 20. Zu den Rechtsfolgen der Einzelgläubigeranfechtung oben unter § 5.III. (S. 151).

⁷⁵ Für die Möglichkeit des Insolvenzverwalters, den Insolvenzanfechtungsanspruch auf einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu beschränken, *Schumacher-Hey*, RNotZ 2004, 544 (553).

anfechtung – auf dasjenige, was aus dem Vermögen des (Insolvenz-)Schuldners ausgeschieden ist, nicht hingegen auf dasjenige, was der Anfechtungsgegner erlangt hat.⁷⁶ Für den Fall, dass die Rückgewähr in Natur nicht möglich sein sollte, begründet § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO einen Sekundäranspruch durch Rechtsfolgenverweisung⁷⁷ auf die Vorschriften einer ungerechtfertigten Bereicherung, bei der dem Empfänger der Mangel des rechtlichen Grundes bekannt ist. Ist die Anfechtung auf § 134 InsO gestützt, kann sich der Empfänger der unentgeltlichen Leistung im Rahmen des Sekundäranspruchs nach § 143 Abs. 2 InsO auf den Entreicherungsseinwand des § 818 Abs. 3 BGB berufen, wenn er um die Gläubigerbenachteiligung durch die unentgeltliche Leistung nicht weiß und den Umständen nach nicht wissen muss. Nach der überwiegenden Auffassung ist der Rückgewähranspruch ein schuldrechtlicher Verschaffungsanspruch mit einem bereicherungsrechtlichen Einschlag.⁷⁸ Als Bestandteil der Insolvenzmasse unterfällt der Rückgewähranspruch der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters und kann von diesem etwa erlassen oder abgetreten werden.⁷⁹

Kommt der Anfechtungsgegner seinen sich aus der Insolvenzanfechtung ergebenden Pflichten auf außergerichtliche Aufforderung durch den Insolvenzverwalter hin nicht nach, hat der Insolvenzverwalter das Anfechtungsrecht gerichtlich geltend zu machen. Ist der Anfechtungsanspruch auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet, gilt diese nach § 894 ZPO mit der Rechtskraft des zu ihrer Abgabe verurteilenden Urteils als abgegeben.⁸⁰ Neben der gezielten Durchsetzung des Anfechtungsanspruchs kommt auch, wie sich aus § 146 Abs. 2 InsO ergibt, dessen einredeweise Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter in Be-

⁷⁶ Zur Konkursanfechtung: BGH, Urt. v. 15.10.1969 – VIII ZR 136/67, NJW 1970, 44 (Juris-Rn. 17 = S. 46); BGH, Urt. v. 13.03.1978 – VIII ZR 241/76, BGHZ 71, 61 (Juris-Rn. 6 = S. 63). Zur Insolvenzanfechtung: BGH, Urt. v. 24.05.2007 – IX ZR 105/05, ZIP 2007, 1274 (Rn. 10, 29); *Kayser*, ZIP 2015, 449 (453); *Mauer*, Rn. 361; *Ede/Hirte*, in: Uhlenbruck, § 143 Rn. 21; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO, § 143 Rn. 21.

⁷⁷ Etwa BGH, Urt. v. 01.02.2007 – IX ZR 96/04, BGHZ 171, 38 (Rn. 14); BGH, Urt. v. 13.12.2007 – IX ZR 116/06, ZIP 2008, 455 (Rn. 7); *Huber*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 52 Rn. 12; *Ede/Hirte*, in: Uhlenbruck, § 143 Rn. 26; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO, § 143 Rn. 59; *Leithaus*, in: Andres/Leithaus, § 143 Rn. 4.

⁷⁸ Etwa BGH, Urt. v. 21.09.2006 – IX ZR 235/04, ZIP 2006, 2176 (Rn. 10, 14–17); BGH, Urt. v. 24.05.2007 – IX ZR 105/05, ZIP 2007, 1274 (Rn. 10); BGH, Urt. v. 16.10.2014 – IX ZR 282/13, ZIP 2014, 2303 (Rn. 10); *Kayser*, ZIP 2015, 449 (450); *Schumacher-Hey*, RNotZ 2004, 544 (552); *Leithaus*, in: Andres/Leithaus, § 143 Rn. 3; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, § 143 Rn. 3–7; *Riggert*, in: Braun, § 143 Rn. 2 f. Vgl. zur Rechtsnatur des Anfechtungsrechts auch *Bork*, in: KPB, 50. Lfg. 9/12, Vor § 129 Rn. 5–9.

⁷⁹ *Ede/Hirte*, in: Uhlenbruck, § 143 Rn. 88–93; BGH, Urt. v. 17.02.2001 – IX ZR 91/10, ZIP 2011, 1114 (Rn. 7–14); *Leithaus*, in: Andres/Leithaus, § 143 Rn. 3; *Riggert*, in: Braun, § 143 Rn. 3.

⁸⁰ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 21.09.2006 – IX ZR 235/04, ZIP 2006, 2176 (Rn. 19); *Mauer*, Rn. 364; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO, § 143 Rn. 36.

tracht.⁸¹ Möchte ein Eigengläubiger des Anfechtungsgegners bei diesem in den Gegenstand der Insolvenzanfechtung vollstrecken, so kann sich der Insolvenzverwalter mit der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO zur Wehr setzen.⁸² In der Insolvenz des Anfechtungsgegners begründet der primäre Anfechtungsanspruch ein Aussonderungsrecht im Sinne des § 47 InsO oder des § 48 InsO, wenn der Gegenstand der Rückgewährverpflichtung oder ein dafür erlangtes Surrogat im Vermögen des Anfechtungsgegners noch unterscheidbar vorhanden ist.⁸³ Andernfalls stellt der Rückgewähranspruch eine einfache Insolvenzforderung dar.⁸⁴

Für die Insolvenzanfechtung von Rechtshandlungen in Bezug auf einen Pflichtteilsanspruch des Insolvenzschuldners bedeutet dies, dass im Fall der Verfügung über den Pflichtteilsanspruch durch den Insolvenzschuldner der Verfügungsempfänger den Verfügungsgegenstand in die Insolvenzmasse zurück zu übertragen hat. Hat der Insolvenzschuldner seinen Pflichtteilsanspruch abgetreten, ist der Insolvenzanfechtungsanspruch auf Rückabtretung an den Insolvenzverwalter gerichtet.⁸⁵ In dem Fall, dass der Anfechtungsgegner den an ihn abgetretenen Pflichtteilsanspruch bereits eingezogen hat, besteht der Insolvenzanfechtungsanspruch in einem auf Wertersatz gerichteten Zahlungsanspruch gegen den Anfechtungsgegner.⁸⁶ Wenn der Insolvenzschuldner seinen Pflichtteilsanspruch durch Begründung eines Pfandrechts belastet hat, hat der Pfandgläubiger als Anfechtungsgegner dieses Pfandrecht zu beseitigen.⁸⁷ Die

⁸¹ *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 146 Rn. 14 ff.; *Jacoby*, in: KPB, 46. Lfg. 11/11, § 143 Rn. 12–15; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO, § 146 Rn. 45 ff.; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, § 143 Rn. 73.

⁸² *Ede/Hirte*, in: Uhlenbruck, § 143 Rn. 172; *Jacoby*, in: KPB, 46. Lfg. 11/11, § 143 Rn. 16–18; *Kindl*, in: Saenger, § 771 Rn. 12; *Lackmann*, in: Musielak/Voit, § 771 Rn. 29; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, § 143 Rn. 78 f.; *Preuß*, in: BeckOK-ZPO, § 771 Rn. 31; *K. Schmidt/Brinkmann*, in: MünchKomm-ZPO, § 771 Rn. 43.

⁸³ BGH, Urt. v. 23.10.2003 – IX ZR 252/01, BGHZ 156, 350 (Juris-Rn. 24–32 = S. 358–361); BGH, Urt. v. 09.10.2008 – IX ZR 138/06, BGHZ 178, 171 (Rn. 15); BGH, Urt. v. 02.04.2009 – IX ZR 236/07, ZIP 2009, 1080 (Rn. 42–44); *Huber*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 52 Rn. 3 f.; *Brinkmann*, in: Uhlenbruck, § 47 Rn. 65; *Ede/Hirte*, in: Uhlenbruck, § 143 Rn. 72; *Ganter*, in: MünchKomm-InsO, § 47 Rn. 346; *Jacoby*, in: KPB, 46. Lfg. 11/11, § 143 Rn. 16–18; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, § 143 Rn. 6a.

⁸⁴ BGH, Urt. v. 24.06.2003 – IX ZR 228/02, BGHZ 155, 199 (Juris-Rn. 26–32 = S. 202–205); *Adolphsen*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 40 Rn. 30; *Ede/Hirte*, in: Uhlenbruck, § 143 Rn. 74; *Ganter*, in: MünchKomm-InsO, § 47 Rn. 346; *Leithaus*, in: Andres/Leithaus, § 143 Rn. 3.

⁸⁵ BGH, Urt. v. 01.12.1988 – IX ZR 112/88, BGHZ 106, 127 (Juris-Rn. 13 = S. 129 f.); BGH, Urt. v. 21.09.2006 – IX ZR 235/04, ZIP 2006, 2176 (Rn. 18–20); BGH, Urt. v. 16.10.2014 – IX ZR 282/13, ZIP 2014, 2303 (Rn. 10); *Kayser*, ZIP 2015, 449 (450); *Mauer*, Rn. 363; *Ede/Hirte*, in: Uhlenbruck, § 143 Rn. 189; *Jacoby*, in: KPB, 46. Lfg. 11/11, § 143 Rn. 32; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO, § 143 Rn. 36.

⁸⁶ BGH, Urt. v. 21.09.2006 – IX ZR 235/04, ZIP 2006, 2176 (Rn. 20); *Jacoby*, in: KPB, 46. Lfg. 11/18, § 143 Rn. 32; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO, § 143 Rn. 36a, 90.

⁸⁷ Vgl. etwa AG München, Beschl. v. 07.10.1969 – 31 K 27, 93/96, KTS 1970, 238 (239); *Mauer*, Rn. 366; *Ede/Hirte*, in: Uhlenbruck, § 143 Rn. 207.

Beseitigung eines Pfandrechts an einer Forderung erfolgt gemäß § 1273 Abs. 2, § 1255 Abs. 1 BGB durch die Willenserklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder Forderungsinhaber, dass er das Pfandrecht aufgibt. Da der Pflichtteilsanspruch durch formlosen Abtretungsvertrag übertragen werden kann,⁸⁸ ist für die Beseitigung des Pfandrechts an einem Pflichtteilsanspruch in analoger Anwendung des § 1280 BGB zusätzlich die Anzeige der Aufgabe des Pfandrechts durch den Pfandgläubiger gegenüber dem Drittschuldner, also dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs, erforderlich.⁸⁹ Auch bei dieser Anzeige handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung.⁹⁰

Wird die Pfändung des Pflichtteilsanspruchs durch einen Dritten angefochten, ist das durch den Pfändungsbeschluss begründete Pfändungspfandrecht zu beseitigen. Geschehen kann dies grundsätzlich ebenso wie bei dem durch Verpfändung des Insolvenzschuldners privatautonom begründeten Pfandrecht durch formlos⁹¹ mögliche Erklärung der Aufgabe des Pfandrechts durch den zwangsvollstreckenden Dritten gegenüber dem Insolvenzverwalter sowie durch ebenfalls formlos mögliche Anzeige dieser Aufgabe durch den zwangsvollstreckenden Dritten gegenüber dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs. Diese Beseitigung hat dann die Aufhebung des Pfändungsbeschlusses durch das Vollstreckungsgericht zur Folge.⁹² Zur Beseitigung auch der Verstrickungswirkung des Pfändungsbeschlusses ist jedoch nach § 843 ZPO eine schriftliche Verzichtserklärung des vollstreckenden Dritten gegenüber dem Insolvenzverwalter erforderlich, die auch dem Drittschuldner zuzustellen ist.⁹³

Bildet der Verzicht des Insolvenzschuldners auf seinen Pflichtteilsanspruch durch Erlassvertrag nach § 397 BGB den Gegenstand der Insolvenzanfechtung, so ist die Insolvenzanfechtung in dem Zweipersonenverhältnis zwischen Insolvenzverwalter und Schuldner des Pflichtteilsanspruchs nicht auf die Wiederbegründung des erloschenen Pflichtteilsanspruchs gerichtet. Vielmehr muss sich der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs als Anfechtungsgegner durch den Insolvenzverwalter lediglich so behandeln lassen, als ob der Pflichtteilsanspruch

⁸⁸ Zur Übertragung des Pflichtteils oben unter § 1.VIII.2. (S. 27).

⁸⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 26.01.1983 – VIII ZR 258/81, BGHZ 86, 337 (Juris-Rn. 18 = nicht abgedruckt); *Ede/Hirte*, in: Uhlenbruck, § 143 Rn. 207; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO, § 143 Rn. 57; *Rogge/Leptien*, in: HambKomm-InsR, § 143 Rn. 32.

⁹⁰ *Damrau*, in: MünchKomm-BGB, § 1280 Rn. 4; *Sosnitzka*, in: BeckOK-BGB, § 1280 Rn. 3.

⁹¹ Vgl. zur Möglichkeit des formfreien Verzichts trotz § 843 ZPO *Stöber*, Rn. 681.

⁹² Vgl. BGH, Urt. v. 26.01.1983 – VIII ZR 258/81, BGHZ 86, 337 (Juris-Rn. 18 = nicht abgedruckt); BGH, Urt. v. 03.07.1984 – IX ZR 82/83, NJW 1985, 200 (Juris-Rn. 5 = S. 201); BGH, Urt. v. 07.03.2002 – IX ZR 293/00, NJW 2002, 1788 (Juris-Rn. 26 = S. 1789); *Mauer*, Rn. 367; *Ede/Hirte*, in: Uhlenbruck, § 143 Rn. 207; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO, § 143 Rn. 57; *Jacoby*, in: KPBl, 46. Lfg. 11/11, § 143 Rn. 47; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, § 143 Rn. 46.

⁹³ *Ede/Hirte*, in: Uhlenbruck, § 143 Rn. 207; *Kirchhof*, in: MünchKomm-InsO, § 143 Rn. 57; *Rogge/Leptien*, in: HambKomm-InsR, § 143 Rn. 46. Vgl. zum Entfallen der Verstrickung als Rechtsfolge des Verzichts nach § 843 ZPO *Bendtsen*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 843 ZPO Rn. 3; *Riedel*, in: BeckOK-ZPO, § 843 Rn. 9.

fortbestünde.⁹⁴ Der Insolvenzverwalter kann von ihm also Zahlung auf den – erlassenen – Pflichtteilsanspruch verlangen. Wird die Nichtgeltendmachung des Pflichtteilsanspruchs bis zum Eintritt der Verjährung angefochten, kann sich der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs als Anfechtungsgegner nicht auf die Unterlassung verjährungshemmender Maßnahmen berufen. Erhebt der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs bei seiner Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter die Einrede der Verjährung, kann der Insolvenzverwalter dem die Gegeneinrede⁹⁵ der insolvenzrechtlichen Anfechtbarkeit entgegenhalten.⁹⁶

IV. Rechtshandlungen nach Beendigung des Insolvenzverfahrens

Nachzugehen ist nunmehr noch der bereits oben aufgeworfenen Sonderfrage,⁹⁷ ob auch erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens erfolgende Einwirkungen auf den zwar vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen, bei Beendigung des Insolvenzverfahrens indes noch nicht verwerteten Pflichtteilsanspruch der Insolvenzanfechtung unterliegen. Dabei ist zunächst die konstruktive Möglichkeit einer solchen Anfechtung zu untersuchen, bevor diese Insolvenzanfechtung im Vergleich zu der Rechtsfigur der verlängerten Nachtragsverteilung bewertet werden kann, mit welcher die höchstrichterliche Rechtsprechung Zwischenverfügungen und Zwangsvollstreckungszugriffen Dritter in Bezug auf einen ehemals insolvenzbefangenen Gegenstand im Zeitraum zwischen der Beendigung des Insolvenzverfahrens und der möglichen Anordnung einer Nachtragsverteilung entgegenzutreten versucht.

1. Konstruktive Möglichkeit der Insolvenzanfechtung

Die – in der Literatur überwiegend abgelehnte,⁹⁸ bisweilen aber auch bejahte⁹⁹ – Möglichkeit der Anfechtung einer Rechtshandlung in Bezug auf einen Pflichtteilsanspruch, der zwar vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstanden ist, mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bis zur Beendigung des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzverwalter aber nicht verwertet werden konnte,¹⁰⁰ soll hier hinsichtlich der zeitlichen Voraussetzungen der In-

⁹⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 11.10.1989 – VIII ZR 285/88, ZIP 1989, 1611 (Juris-Rn. 39 = S. 1613); Schumacher-Hey, RNotZ 2004, 544 (553); Mauer, Rn. 368; Ede/Hirte, in: Uhlenbruck, § 143 Rn. 203; Jacoby, in: KPB, 46. Lfg. 11/11, § 143 Rn. 14, 36; Kirchhof, in: MünchKomm-InsO, § 143 Rn. 55.

⁹⁵ Zu dieser Möglichkeit etwa Jacoby, in: KPB, 46. Lfg. 11/11, § 143 Rn. 14.

⁹⁶ Mauer, Rn. 369; Ede/Hirte, in: Uhlenbruck, § 143 Rn. 193; Jacoby, in: KPB, 46. Lfg. 11/11, § 143 Rn. 44; Kirchhof, in: MünchKomm-InsO, § 143 Rn. 55; Riggert, in: Braun, § 143 Rn. 6.

⁹⁷ Oben unter § 8.IV.2.c)bb) (S. 244).

⁹⁸ Haas/Vogel, FS Bengel/Reimann, 173 (186); Heinze, ZInsO 2012, 1606 (1608); Hintzen, in: MünchKomm-InsO, § 203 Rn. 17; Preß/Henningsmeier, in: HambKomm-InsR, § 203 Rn. 10; Wegener, in: Uhlenbruck, § 203 Rn. 14.

⁹⁹ Vgl. Westphal, in: Nerlich/Römermann, § 205 Rn. 4.

¹⁰⁰ Zur Verwertung durch den Insolvenzverwalter oben unter § 8.IV. (S. 231).

solvenzanfechtung, des Vorliegens einer Gläubigerbenachteiligung und der anfechtbaren Rechtshandlungen im Einzelnen näher geprüft werden.

Was den zeitlichen Anwendungsbereich der Insolvenzanfechtung angeht, wird in der Literatur vertreten, dass die Insolvenzanfechtung von Rechtshandlungen, die nach Beendigung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind, deshalb ausscheide, weil ja kein (neues) Insolvenzverfahren stattfindet und die Anordnung der Nachtragsverteilung nicht der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gleichgestellt werden könne, da sie sich nur auf einen einzelnen Gegenstand beschränke.¹⁰¹ Da kein Insolvenzantrag gestellt werde, fehle es auch an dem für die Fristberechnung der einzelnen Anfechtungsgründe erforderlichen zeitlichen Anknüpfungspunkt.¹⁰² Diese Erwägungen sind als solche durchaus zutreffend. In der Tat wäre es verfehlt, die Insolvenzanfechtung mit Blick darauf zur Anwendung zu bringen, dass die Möglichkeit der Anordnung der Nachtragsverteilung der Möglichkeit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gleichkomme. Die Anwendung der Fristen der einzelnen Anfechtungsgründe auf die Anordnung der Nachtragsverteilung wäre ebenfalls wenig sinnvoll, weil die Anfechtungsfristen auf die wirtschaftliche Krise des Insolvenzschuldners abstellen. Die bloße Möglichkeit der Anordnung der Nachtragsverteilung in Bezug auf einen bestimmten Gegenstand stellt aber keine wirtschaftliche Krise dar.

Jedoch geht die an der Insolvenzanfechtung in zeitlicher Hinsicht geübte Kritik von der falschen Perspektive aus: Anstatt ein künftiges (neues) Insolvenzverfahren in den Blick zu nehmen, ist zu berücksichtigen, dass die betroffenen Gegenstände im Rahmen des bereits beendeten Insolvenzverfahrens zur Insolvenzmasse gezählt haben. Wie oben ausgeführt,¹⁰³ ist richtigerweise davon auszugehen, dass die Insolvenzanfechtung entgegen dem Wortlaut des § 129 Abs. 1 InsO nicht auf Rechtshandlungen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens beschränkt ist, sondern grundsätzlich auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgende Rechtshandlungen erfasst, sofern diese trotz der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch wirksam vorgenommen werden können. Diese Erwägung beansprucht auch für einen bei Beendigung des Insolvenzverfahrens noch nicht verwerteten Gegenstand der Insolvenzmasse Geltung. Dass der Insolvenzschuldner in den Fällen des § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO, in welchen keine Freigabe der betreffenden Gegenstände erfolgt ist, über diese Gegenstände nach Beendigung des Insolvenzverfahrens wieder frei verfügen kann und dass seine Gläubiger auf diese Gegenstände zugreifen können, stellt keine bewusst zum Nachteil der Insolvenzgläubiger getroffene Entscheidung des Gesetzgebers dar. Vielmehr folgt aus der Existenz des § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO gerade, dass der Wert dieser Gegenstände auch nach Beendigung des Insolvenzverfahrens wei-

¹⁰¹ Heinze, ZInsO 2012, 1606 (1608); Hintzen, in: MünchKomm-InsO, § 203 Rn. 17; Wegener, in: Uhlenbruck, § 203 Rn. 14. In diese Richtung wohl auch Preß/Henningsmeier, in: HambKomm-InsR, § 203 Rn. 10.

¹⁰² Heinze, ZInsO 2012, 1606 (1608).

¹⁰³ Oben unter § 9.II. (S. 259).

terhin den Insolvenzgläubigern zugute kommen soll. Die Wirksamkeit von gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlungen in Bezug auf diese Gegenstände ist also nicht gewollt, sondern stellt eine Lücke im Schutz der Insolvenzgläubiger dar. Wird diese nicht durch den Vorbehalt der Nachtragsverteilung geschlossen, spricht nichts dagegen, den zeitlichen Anwendungsbereich der Insolvenzanfechtung auch auf Rechtshandlungen nach Beendigung des Insolvenzverfahrens zu erstrecken. Für diese Insolvenzanfechtung spielen die Fristen der einzelnen Anfechtungsgründe keine Rolle. Dass anzufechtende Rechtshandlungen nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach Beendigung des Insolvenzverfahrens vorgenommen werden müssen, ist nicht unbillig, da ja auch die Nachtragsverteilung ohne zeitliche Beschränkung hätte vorbehalten werden können.

Dass Rechtshandlungen in Bezug auf vormalig insolvenzbefangene Gegenstände die Insolvenzgläubiger benachteiligen können, zeigt sich daran, dass die betreffenden Gegenstände andernfalls der Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO unterliegen würden und vom Insolvenzverwalter zugunsten der Insolvenzgläubiger verwertet werden könnten. Soweit ein solcher Gegenstand nach Beendigung des Insolvenzverfahrens dem Vermögen des Insolvenzschuldners entzogen wird und der Erfolg einer Nachtragsverteilung dadurch ganz oder teilweise vereitelt wird, sind die Insolvenzgläubiger benachteiligt.

Als anfechtbare Rechtshandlungen kommen zum einen Verfügungen des Insolvenzschuldners über seinen ehemals insolvenzbefangenen Gegenstand in Betracht, die er nach Rückerlangung der Verfügungsbefugnis durch die Beendigung des Insolvenzverfahrens wieder wirksam vornehmen kann. Zum anderen können nach Entfallen des Vollstreckungsverbots des § 89 InsO mit der Beendigung des Insolvenzverfahrens die Gläubiger des Insolvenzschuldners im Wege der (Einzel-)Zwangsvollstreckung auf die vormalig insolvenzbefangenen Gegenstände zugreifen.¹⁰⁴ Auch derartige Vollstreckungshandlungen Dritter sind der Insolvenzanfechtung zugänglich.¹⁰⁵ Gegen die Insolvenzanfechtung solcher Vollstreckungszugriffe wird vorgebracht, dass nach Beendigung des Insolvenzverfahrens auch Neugläubiger in das Vermögen des (ehemaligen) Insolvenzschuldners vollstrecken könnten, die, anders als die Insolvenzgläubiger, nicht dem Grundsatz der Gleichbehandlung der (Insolvenz-)Gläubiger unterworfen seien.¹⁰⁶ Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese Vollstreckungsfreiheit der Neugläubiger nur für das sonstige Vermögen des Insolvenzschuldners berechtigt ist. Es spricht nichts dafür, diese Freiheit auch auf Gegenstände zu erstrecken, die während des laufenden Insolvenzverfahrens zur Insolvenzmasse gehörten, vom Insolvenzverwalter nicht bewusst freigegeben wurden und mit Beendigung des Insolvenzverfahrens nur deshalb vom Insolvenzbeschluss befreit wurden, weil sie bis dahin nicht verwertet werden konnten. Vielmehr ist

¹⁰⁴ Zur Wirksamkeit derartiger Verfügungen und Zwangsvollstreckungszugriffe oben unter § 8.IV.2.c) (S. 239).

¹⁰⁵ Zur Insolvenzanfechtung von Rechtshandlungen Dritter oben unter § 9.1.3. (S. 256).

¹⁰⁶ *Heinze*, ZInsO 2012, 1606 (1608).

es gerechtfertigt, in Bezug auf solche Gegenstände auch bei Neugläubigern den Gleichbehandlungsgrundsatz zur Anwendung zu bringen. Dass die ehemals insolvenzbefangenen Gegenstände den Neugläubigern nicht frei als Zugriffsgegenstände zur Verfügung stehen, zeigt sich auch daran, dass im Fall des Vorbehalts der Nachtragsverteilung ein Zugriff der Neugläubiger auf diese Gegenstände wegen der dann bestehenden Fortgeltung des § 89 Abs. 1 InsO ausgeschlossen wäre.

Wie oben ausgeführt,¹⁰⁷ hat die Insolvenzanfechtung einer Zwischenverfügung des Insolvenzschuldners durch Abtretung des Pflichtteilsanspruchs die Verpflichtung des Zessionars zur Folge, den Pflichtteilsanspruch an den Insolvenzverwalter rückabzutreten, der diesen dann durch Einziehung verwerten kann. Hat der Zessionar den Anspruch schon selbst eingezogen, besteht der Anfechtungsanspruch in einem auf Wertersatz gerichteten Zahlungsanspruch. Hat der Insolvenzschuldner an dem Pflichtteilsanspruch ein Pfandrecht begründet, kann im Wege der Insolvenzanfechtung vom Pfandgläubiger die Aufhebung des Pfandrechts verlangt werden. Nämliches gilt, wenn im Wege der Zwangsvollstreckung ein Dritter den Pflichtteilsanspruch beim Insolvenzschuldner gepfändet hat. Sofern der Verzicht auf den Anspruch oder die Unterlassung verjährungshemmender Maßnahmen anfechtbar ist, kann der anfechtende Insolvenzverwalter vom Schuldner des Pflichtteilsanspruchs schlicht Zahlung auf den Pflichtteilsanspruch verlangen.

Insgesamt anzuerkennen ist demnach die konstruktive Möglichkeit der Insolvenzanfechtung von nach Beendigung des Insolvenzverfahrens erfolgenden Rechtshandlungen in Bezug auf ehemals insolvenzbefangene Gegenstände, welche bis zur Beendigung des Insolvenzverfahrens nicht verwertet werden konnten und für welche die Nachtragsverteilung trotz der grundsätzlichen Möglichkeit hierzu nicht vorbehalten worden ist.¹⁰⁸ Verfügt der Pflichtteilsanspruchsinhaber nach Beendigung des Insolvenzverfahrens über seinen Pflichtteilsanspruch, der zwar bereits vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstanden ist, mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO aber nicht verwertet werden konnte, oder verzichtet er nach anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO auf seinen Pflichtteilsanspruch oder lässt er ihn verjähren, unterliegt dies folglich der Insolvenzanfechtung.¹⁰⁹ Dasselbe gilt, wenn nach Beendigung des Insolvenzverfahrens ein Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsin-

¹⁰⁷ Oben unter § 9.III. (S. 262).

¹⁰⁸ Vgl. *Westphal*, in: *Nerlich/Römermann*, § 205 Rn. 4. Unzutreffend behaupten *Preß/Henningsmeier*, in: *HambKomm-InsR*, § 203 Rn. 10, die Insolvenzanfechtung nur für den Fall des Vorbehalts der Nachtragsverteilung. Dann sind die betreffenden Rechtshandlungen aber schon unwirksam, sodass es gerade keiner Insolvenzanfechtung mehr bedarf. Ähnlich aber wohl auch *Hintzen*, in: *MünchKomm-InsO*, § 203 Rn. 17.

¹⁰⁹ Ohne ausführliche Begründung jedoch gegen die Insolvenzanfechtung in diesem Fall *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann, 173 (186); *Preß/Henningsmeier*, in: *HambKomm-InsR*, § 203 Rn. 10.

habers im Wege der Zwangsvollstreckung in gläubigerbenachteiligender Weise auf den Pflichtteilsanspruch zugreift.

2. Bewertung

Ist die Insolvenzanfechtung einer nach Beendigung des Insolvenzverfahrens vorgenommenen Rechtshandlung in Bezug auf einen Pflichtteilsanspruch, der zwar vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstanden ist, mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bis zur Beendigung des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzverwalter aber nicht verwertet werden konnte, konstruktiv möglich, bedeutet dies, dass damit ein Insolvenzanfechtungsanspruch gegen den Anfechtungsgegner begründet wird, der bei Beendigung des Insolvenzverfahrens noch nicht bestanden hat. Ein dem Insolvenzverwalter bei Beendigung des Insolvenzverfahrens noch nicht bekannter Insolvenzanfechtungsanspruch stellt aber einen nachträglich ermittelten Gegenstand der Insolvenzmasse dar, für den nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO die Nachtragsverteilung angeordnet werden kann.¹¹⁰ Ist die Nachtragsverteilung bei Beendigung des Insolvenzverfahrens nicht vorbehalten worden und verfügt der Pflichtteilsanspruchs inher nach Beendigung des Insolvenzverfahrens über einen bereits vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen, aber noch nicht verwertbaren Pflichtteilsanspruch oder greifen Gläubiger des (vormaligen) Insolvenzschuldners im Wege der (Einzel-)Zwangsvollstreckung auf einen solchen Pflichtteilsanspruch zu, so unterliegen diese Rechtshandlungen folglich der Insolvenzanfechtung durch den (vormaligen) Insolvenzverwalter. Nach Anordnung der Nachtragsverteilung hinsichtlich des Anfechtungsanspruchs hat der Insolvenzverwalter diesen geltend zu machen und den Erlös gemäß § 205 InsO auf Grundlage des Schlussverzeichnisses zu verteilen. Diese Insolvenzanfechtung hat gegenüber dem von der höchstrichterlichen Rechtsprechung befürworteten Zugriff auf die beim Insolvenzschuldner vorhandene Gegenleistung im Wege einer verlängerten Nachtragsverteilung¹¹¹ mehrere Vorteile:

So greift die Insolvenzanfechtung unabhängig davon, ob der Insolvenzschuldner für seine Verfügung über den Pflichtteilsanspruch eine Gegenleistung erhalten hat. Während die verlängerte Nachtragsverteilung nicht zum Tragen kommen kann, wenn der Insolvenzschuldner ohne Gegenleistung verfügt, seinen Pflichtteilsanspruch also etwa verschenkt, ermöglicht die Insolvenzanfechtung in jedem Fall den Zugriff auf den Pflichtteilsanspruch.

Weiter erscheint die Insolvenzanfechtung auch von ihrem grundlegenden Konzept her als das besser geeignete Instrument. Wirtschaftliche Folge der Insolvenzanfechtung ist nämlich, dass der Wert des Gegenstands, der aus der

¹¹⁰ BGH, Urt. v. 10.12.2009 – IX ZR 206/08, ZIP 2010, 102 (Rn. 8). Für die KO bereits BGH, Urt. v. 10.02.1982 – VIII ZR 158/80, BGHZ 83, 102 (Juris-Rn. 10 = S. 103); *Hintzen*, in: MünchKomm-InsO, § 203 Rn. 17; *Kießner*, in: Braun, § 203 Rn. 12; *Wegener*, in: Uhlenbruck, § 203 Rn. 11a; *Westphal*, in: Nerlich/Römermann, § 204 Rn. 8.

¹¹¹ Dazu oben unter § 8.IV.2.c)bb) (S. 241).

den Insolvenzgläubigern haftenden Vermögensmasse zunächst ausgeschieden war, doch noch zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger zur Verfügung steht. Die Insolvenzgläubiger werden also so behandelt, als ob der Insolvenzschuldner nach Beendigung des Insolvenzverfahrens über den Pflichtteilsanspruch nicht verfügt, sondern lediglich die Erfüllung der Verwertungsvoraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO herbeigeführt hätte. Dies erscheint konzeptuell passend und deckt sich wirtschaftlich mit den Folgen bei Vorbehalt der Nachtragsverteilung.¹¹² Beim Zugriff auf die ins Vermögen des Insolvenzschuldners gelangte Gegenleistung hängt es hingegen vom Insolvenzschuldner ab, ob er über seinen Pflichtteilsanspruch unter Wert, gegebenenfalls sogar ohne Gegenleistung, verfügt, oder durch Verhandlungsgeschick eine über dem Wert des Pflichtteilsanspruchs liegende Gegenleistung erhält. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, weshalb dieses Verhalten des Insolvenzschuldners zum Nachteil oder zum Vorteil der Insolvenzgläubiger gehen sollte. Vielmehr ist es geboten, den Insolvenzgläubigern genau den Wert des Pflichtteilsanspruchs haften zu lassen. Dieses Ergebnis wird durch die Insolvenzanfechtung erreicht.

Schließlich versagt der Zugriff auf die Gegenleistung im Wege der verlängerten Nachtragsverteilung auch beim (Einzel-)Zwangsvollstreckungszugriff von Gläubigern des Insolvenzschuldners auf seinen Pflichtteilsanspruch, bei dem freilich keinerlei Gegenleistung in das Vermögen des Insolvenzschuldners gelangt. Die Insolvenzanfechtung hingegen führt auch dann zum Ziel, da, wie dargestellt,¹¹³ nicht nur Rechtshandlungen des Insolvenzschuldners, sondern auch (Einzel-)Zwangsvollstreckungsmaßnahmen Dritter der Insolvenzanfechtung unterfallen. Auch dieses Ergebnis deckt sich mit den Rechtsfolgen, die beim Vorbehalt der Nachtragsverteilung eintreten.¹¹⁴

Anders als die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung befürwortete verlängerte Nachtragsverteilung führt die Insolvenzanfechtung somit stets zu sachgerechten Ergebnissen. Freilich setzt die Insolvenzanfechtung von Rechtshandlungen, die nach Beendigung des Insolvenzverfahrens in Bezug auf ehemals insolvenzbefangene Gegenstände vorgenommen werden, die Überwindung gewisser Hürden – insbesondere der Bestimmung des zeitlichen Umfangs der Insolvenzanfechtung in § 129 Abs. 1 InsO – voraus. Anerkennt man aber aus den dargelegten Erwägungen¹¹⁵ die konstruktive Möglichkeit dieser Insolvenzanfechtung, erweist sie sich als vorzugswürdig vor der Rechtsfigur der verlängerten Nachtragsverteilung, die ihrerseits mit der insolvenzrechtlichen Dogmatik nicht in Einklang zu bringen ist.¹¹⁶

¹¹² Dazu oben unter § 8.IV.2.c)aa) (S. 240).

¹¹³ Oben unter § 9.I.3. (S. 256).

¹¹⁴ Dazu oben unter § 8.IV.2.c)aa) (S. 240).

¹¹⁵ Oben unter § 9.IV.1. (S. 266).

¹¹⁶ Dazu oben unter § 8.IV.2.c)bb) (S. 241).

Deckt sich diese Insolvenzanfechtung in ihren wirtschaftlichen Ergebnissen mit denjenigen des Vorbehalts der Nachtragsverteilung,¹¹⁷ ist ihre Durchführung durch den Insolvenzverwalter freilich mit Aufwand und Nachteilen – etwa in Bezug auf die Darlegung und den Nachweis eines Anfechtungsgrundes – verbunden, die dem Insolvenzverwalter bei der schlichten Geltendmachung der Unwirksamkeit von Rechtshandlungen nach erfolgtem Vorbehalt der Nachtragsverteilung¹¹⁸ erspart bleiben. Kann bei Beendigung des Insolvenzverfahrens in Bezug auf einen bis dahin bereits entstandenen, indes mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO noch nicht verwertbaren Pflichtteilsanspruch die Nachtragsverteilung vorbehalten werden, ist daher vorrangig von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Ist der Vorbehalt der Nachtragsverteilung hingegen nicht möglich oder versehentlich unterblieben, steht mit der Möglichkeit der Insolvenzanfechtung von Verfügungen des Insolvenzschuldners über seinen Pflichtteilsanspruch und von (Einzel-)Zwangsvollstreckungszugriffen Dritter auf den Pflichtteilsanspruch ein geeignetes Mittel zur Verfügung, um den Wert des ehemals insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs den Insolvenzgläubigern doch noch zugute kommen zu lassen.

V. Ergebnis

Als Ergebnis zur Insolvenzanfechtung von Einwirkungen auf einen Pflichtteilsanspruch ist festzuhalten, dass entsprechende Rechtshandlungen die Insolvenzgläubiger benachteiligen können, sobald der Pflichtteilsanspruch durch Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO verwertbar wird. Die Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse bereits vor der anzufechtenden Rechtshandlung ist dabei keine Voraussetzung für das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung. Verfügt der Insolvenzschuldner durch Abtretung oder Belastung über seinen Pflichtteilsanspruch, ist diese Verfügung auch dann anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vor der Verfügung noch nicht erfüllt waren. Hingegen liegt im Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch und in dessen Verjährenlassen durch den Insolvenzschuldner nur dann eine zur Insolvenzanfechtung berechtigende Gläubigerbenachteiligung, wenn die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO im maßgeblichen Zeitpunkt bereits erfüllt waren. Anders als bei der Einzelgläubigeranfechtung unterfallen auch (Einzel-)Zwangsvollstreckungsmaßnahmen durch Gläubiger des Insolvenzschuldners der Insolvenzanfechtung, die allerdings nur dann zum Tragen kommt, wenn die betreffende Rechtshandlung nicht bereits nach den § 88, § 89 InsO unwirksam ist. Entgegen dem Wortlaut des § 129 Abs. 1 InsO erfasst die Insolvenzanfechtung grundsätzlich auch erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommene Rechtshandlungen. Im Falle der Abtretung des Pflichtteilsanspruchs be-

¹¹⁷ Zu den Rechtsfolgen der Nachtragsverteilung oben unter § 8.IV.2.b) (S. 238).

¹¹⁸ Zu den Rechtsfolgen des Vorbehalts der Nachtragsverteilung oben unter § 8.IV.2.c)aa) (S. 240).

gründet die Insolvenzanfechtung einen Anspruch auf Rückabtretung. Bei einem durch Belastung des Insolvenzschuldners begründeten sowie bei einem durch die (einzel-)zwangsvollstreckungsrechtliche Pfändung entstandenen Pfandrecht am Pflichtteilsanspruch geht der Anfechtungsanspruch auf Aufhebung dieses Pfandrechts. Hat der Insolvenzschuldner anfechtbar auf seinen Pflichtteilsanspruch verzichtet oder den Eintritt der Verjährung nicht verhindert, hat sich der Anfechtungsgegner so behandeln zu lassen, als ob der Pflichtteilsanspruch unverjährt fortbestünde.

Richtigerweise erfasst die Insolvenzanfechtung auch Rechtshandlungen, die nach Beendigung des Insolvenzverfahrens in Bezug auf einen bereits davor entstandenen, bei Beendigung des Insolvenzverfahrens aber noch nicht verwertbaren Pflichtteilsanspruch vorgenommen werden. Ist hinsichtlich eines solchen Pflichtteilsanspruchs die Nachtragsverteilung nicht vorbehalten worden, kann die Nachtragsverteilung im Hinblick auf einen nach Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Anfechtungsanspruch angeordnet werden. Diese Möglichkeit der Insolvenzanfechtung führt zu sachgerechten Ergebnissen und ist dem – von der höchstrichterlichen Rechtsprechung als verlängerte Nachtragsverteilung befürworteten – Zugriff auf die ins Vermögen des Insolvenzschuldners gelangte Gegenleistung vorzuziehen.

§ 10 Aufrechnung in der Insolvenz

Schließlich fragt sich, wie sich die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Pflichtteilsanspruchsinhabers auf die Möglichkeit des Schuldners des Pflichtteilsanspruchs auswirkt, eine ihm gegen den Pflichtteilsanspruchsinhaber zustehende Forderung gegen den Pflichtteilsanspruch nach § 387 BGB aufzurechnen.

Für die Aufrechnung außerhalb der Insolvenz wurde festgestellt, dass diese nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ohne Weiteres möglich ist.¹ Vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO hingegen ist eine Aufrechnung gegen den Pflichtteilsanspruch ausgeschlossen. Während dies nach der herrschenden Meinung daraus folgt, dass nach § 394 BGB gegen unpfändbare Forderungen nicht aufgerechnet werden kann,² ist dieses Ergebnis richtigerweise auf das Fehlen der Erfüllbarkeit der Hauptforderung zu stützen, da der Pflichtteilsanspruch vor dem Eintritt der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt werden kann.³ Eine vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erklärte Aufrechnung ist und bleibt wirkungslos; möchte der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs die Aufrechnungswirkung herbeiführen, so hat er die Aufrechnung nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erneut zu erklären.⁴

Für die Betrachtung der Aufrechnung gegen einen Pflichtteilsanspruch in der Insolvenz ist danach zu unterscheiden, ob die Voraussetzungen der Aufrechnung bereits vor oder erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorliegen. Ferner sind die Rechtsfolgen der anfechtbaren Herbeiführung der Aufrechnungsmöglichkeit darzustellen.

I. Bestehen der Aufrechnungslage vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Nach dem zur Aufrechnung außerhalb der Insolvenz Gesagten ist die Aufrechnung gegen den Pflichtteilsanspruch erst nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO möglich. Hat der Pflichtteilsanspruchsinhaber die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfüllt und lagen auch die sonstigen Voraussetzungen der Aufrechnung bereits vor Verfahrenseröffnung vor, sodass der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs die Aufrechnung noch außerhalb der Insolvenz wirksam hätte erklären können, wird ihm diese Befugnis nach § 94 InsO durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens

¹ Oben unter § 6 (S. 156).

² Dazu oben unter § 6.I. (S. 156).

³ Dazu oben unter § 6.III. (S. 158).

⁴ Dazu oben unter § 6.IV. (S. 159).

über das Vermögen des Pflichtteilsanspruchsinhabers nicht genommen. Auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der dann zum Insolvenzgläubiger gewordene Schuldner des Pflichtteilsanspruchs, sofern er die Möglichkeit der Aufrechnung nicht durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat,⁵ eine ihm zustehende Insolvenzforderung gegen den Pflichtteilsanspruch aufrechnen. Da die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse, deren Bestandteil der Pflichtteilsanspruch ist,⁶ mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Insolvenzverwalter übergeht, ist die Aufrechnung ab diesem Zeitpunkt nicht mehr gegenüber dem Pflichtteilsanspruchsinhaber selbst, sondern gegenüber dem Insolvenzverwalter zu erklären.⁷ Sofern die Gegenforderung und der Pflichtteilsanspruch auf unterschiedliche Währungen lauten, ist trotz an sich fehlender Gleichartigkeit nach der Erweiterungsvorschrift des § 95 Abs. 2 InsO eine Aufrechnung möglich, wenn die Währungen am Zahlungsort des Pflichtteilsanspruchs frei konvertibel sind.⁸

II. Entstehen der Aufrechnungslage nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Waren im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Voraussetzungen für eine Aufrechnung gegen den Pflichtteilsanspruch noch nicht gegeben, treten diese aber während des Laufs des Insolvenzverfahrens ein, ist in mehrererlei Hinsicht zu differenzieren.

Ist die Aufrechnung bei Verfahrenseröffnung noch nicht möglich, weil die Gegenforderung des Schuldners des Pflichtteilsanspruchs erst nach Verfahrenseröffnung entsteht, so kann die nachträglich entstehende Gegenforderung bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen und insbesondere nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ohne Weiteres und ohne Entgegenstehen der §§ 94 ff. InsO aufgerechnet werden, wenn es sich um eine Masseforderung handelt.⁹ Richtet sich die nachträglich entstehende Gegenforderung aber gegen das freie, nicht insolvenzbefangene Vermögen des Insolvenzschuldners, ist die Aufrechnung ausgeschlossen, weil es dann im Verhältnis zum insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch an der Gegenseitigkeit fehlt.¹⁰ Für den letztgenannten Fall wird der Ausschluss der Aufrechnung durch die deklaratorische Vorschrift des § 96 Abs. 1 Nr. 4 InsO bestätigt.¹¹ Ist die Gegenforderung bei Verfahrens-

⁵ Dazu noch unten unter § 10.III. (S. 279).

⁶ Dazu oben unter § 7 (S. 161).

⁷ BGH, Urt. v. 12.10.1983 – VIII ZR 19/82, NJW 1984, 357 (Juris-Rn. 11 = S. 358); *Adolphsen*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 45 Rn. 34; *Jacoby*, in: HambKomm-InsR, § 94 Rn. 16; *Kroth*, in: Braun, § 94 Rn. 26; *Sinz*, in: Uhlenbruck, § 94 Rn. 58.

⁸ Dazu, dass § 95 Abs. 2 InsO auch im Rahmen des § 94 InsO anzuwenden ist, etwa *Brandes/Lohmann*, in: MünchKomm-InsO, § 95 Rn. 35; *Jacoby*, in: HambKomm-InsR, § 95 Rn. 39; *Sinz*, in: Uhlenbruck, § 95 Rn. 54.

⁹ Vgl. *Brandes/Lohmann*, in: MünchKomm-InsO, § 95 Rn. 19; *Jacoby*, in: HambKomm-InsR, Vorbem. zu §§ 49–96 InsO Rn. 9; *Sinz*, in: Uhlenbruck, § 95 Rn. 20.

¹⁰ *Brandes/Lohmann*, in: MünchKomm-InsO, § 95 Rn. 19.

¹¹ *Adolphsen*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 45 Rn. 103a.

eröffnung zwar schon entstanden, steht sie aber noch nicht dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs zu, sodass es an der Gegenseitigkeit fehlt, bleibt die Aufrechnung nach § 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO auch dann ausgeschlossen, wenn die Gegenforderung nach Verfahrenseröffnung auf den Schuldner des Pflichtteilsanspruchs übergeht.

Scheitert die Aufrechnung bei Verfahrenseröffnung am Nichtbestehen des Pflichtteilsanspruchs als Hauptforderung und führt der Eintritt des Erbfalls erst nach Verfahrenseröffnung zum Entstehen des Pflichtteilsanspruchs, so ist die Aufrechnung nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO ausgeschlossen.

1. Aufrechenbarkeit nach § 95 Abs. 1 InsO

War bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens deshalb noch keine Aufrechnungslage gegeben, weil die aufzurechnenden Forderungen oder auch nur eine von ihnen noch aufschiebend bedingt oder nicht fällig waren oder die Forderungen noch nicht auf gleichartige Leistungen gerichtet waren, wird die Aufrechnung nach § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO zulässig, sobald ihre Voraussetzungen eingetreten sind. Voraussetzung für die Erweiterung der Aufrechnungsmöglichkeit in der Insolvenz durch § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO ist, dass beide Forderungen ihrem Kern nach bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens als gegenseitige Forderungen begründet sind, bei Verfahrenseröffnung also bereits ein gesicherter Rechtsgrund besteht.¹² Nach einhelliger Auffassung ist § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO insofern unzutreffend formuliert, als er auch für die Hauptforderung auf deren Fälligkeit abstellt, wohingegen diese nach § 387 BGB für die Aufrechnung nur erfüllbar, nicht aber auch fällig sein muss.¹³ Neben dem Fall der fehlenden Gleichartigkeit erfasst § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO also die drei Fälle, dass erstens bei Verfahrenseröffnung – trotz grundsätzlichen Bestehens der beiden Forderungen – zunächst mangels Unbedingtheit oder wegen anderweitigen Fehlens der Fälligkeit der Gegenforderung, zweitens mangels Erfüllbarkeit des Pflichtteilsanspruchs als Hauptforderung oder drittens aus beiden genannten Gründen noch keine Aufrechnungslage gegeben ist, dieses Hindernis aber nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens beseitigt wird.

Für den Fall der bei Verfahrenseröffnung noch fehlenden – und nicht nach § 95 Abs. 2 InsO unbeachtlichen – Gleichartigkeit zwischen dem Pflichtteilsanspruch als Hauptforderung und der Gegenforderung ist die Aufrechnung nach § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO also möglich, wenn die Gleichartigkeit nach Verfahrenseröffnung eintritt. Allerdings ist die Aufrechnung dann nach § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO ausgeschlossen, wenn der Pflichtteilsanspruch als Hauptanspruch

¹² BGH, Urt. v. 21.12.2006 – IX ZR 7/06, ZIP 2007, 239 (Rn. 12); BFH, Urt. v. 23.02.2011 – I R 20/10, BFHE 233, 114 (Rn. 12); *Wittkowski/Kruth*, in: Nerlich/Römermann, § 95 Rn. 4a.

¹³ *Häsemeyer*, in: Kölner Schrift, Kap. 15 Rn. 10; *Adolphsen*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 45 Rn. 17, 47; *Jacoby*, in: HambKomm-InsR, § 95 Rn. 20; *Lilke*, in: KPBB, 61. Lfg. 11/14, § 95 Rn. 8; *Sinz*, in: Uhlenbruck, § 95 Rn. 2; *Windel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 95 Rn. 7; *Wittkowski/Kruth*, in: Nerlich/Römermann, § 95 Rn. 2.

bereits vor Eintritt der Gleichartigkeit unbedingt und fällig gewesen oder geworden ist.¹⁴ Dieser Ausschluss gilt folglich auch dann, wenn der Pflichtteilsanspruch als Hauptanspruch bereits bei Verfahrenseröffnung unbedingt und fällig war. Da der Pflichtteilsanspruch mit seiner Entstehung durch den Erbfall zugleich fällig wird,¹⁵ kann der Ausschluss des § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO nur zum Tragen kommen, wenn die vor Verfahrenseröffnung zunächst begründete Fälligkeit des Pflichtteilsanspruchs etwa durch Stundung aufgehoben und der deshalb bei Verfahrenseröffnung nicht fällige Pflichtteilsanspruch erst im Laufe des Insolvenzverfahrens (wieder) fällig wird.

Möglich ist die Aufrechnung nach § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO weiter in dem Fall, dass die zunächst noch bedingte oder aus anderen Gründen nicht fällige Gegenforderung nach Verfahrenseröffnung unbedingt und fällig wird. Dem steht auch § 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht entgegen, wenn der Aufrechnende bei Verfahrenseröffnung bereits bedingt Gläubiger des Insolvenzschuldners war.¹⁶ Ausgeschlossen ist die Aufrechnung nach § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO in diesem Fall aber dann, wenn der Pflichtteilsanspruch als Hauptforderung unbedingt und fällig war oder wird, bevor die Gegenforderung unbedingt und fällig wird.

Scheitert die Aufrechnung im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung an der Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs als Hauptanspruch, so ist die Aufrechnung nach § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO möglich, wenn der Pflichtteilsanspruch nach Verfahrenseröffnung erfüllbar wird. Wie oben ausgeführt,¹⁷ stellt der Pflichtteilsanspruch einen verhaltenen Anspruch dar, der zwar ab seiner Entstehung durch den Erbfall fällig ist,¹⁸ indes aber erst mit Eintritt der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllbar wird. Ist im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung die Aufrechnung also deshalb noch nicht möglich, weil der Insolvenzschuldner die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO noch nicht erfüllt hat und der Pflichtteilsanspruch daher noch nicht erfüllbar ist, so kann der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs aufrechnen, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber während des Laufs des Insolvenzverfahrens die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt.¹⁹ Seinem Wortlaut nach greift auch in diesem Fall der Aufrechnungsausschluss des § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO, wenn der Pflichtteilsanspruch bereits unbedingt

¹⁴ Vgl. *Häsemeyer*, in: *Kölner Schrift*, Kap. 15 Rn. 27; *Lüke*, in: *KPB*, 61. Lfg. 11/14, § 95 Rn. 37a.

¹⁵ Dazu oben unter § 1.VI. (S. 23).

¹⁶ *Adolphsen*, in: *Gottwald, InsR-Hdb.*, § 45 Rn. 88; *Brandes/Lohmann*, in: *MünchKomm-InsO*, § 96 Rn. 24; *Sinz*, in: *Uhlenbruck*, § 96 Rn. 2.

¹⁷ Oben unter § 6.III. (S. 158).

¹⁸ Oben unter § 1.VI. (S. 23).

¹⁹ Zu den Möglichkeiten des Pflichtteilsanspruchsinhabers, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO herbeizuführen, oben unter § 8.I. (S. 176).

und fällig ist oder wird, bevor mit Vorliegen der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO die Erfüllbarkeit des Pflichtteilsanspruchs eintritt.²⁰

Stehen der Aufrechnung im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung sowohl die mangelnde Fälligkeit der Gegenforderung des Schuldners des Pflichtteilsanspruchs als auch die mangelnde Erfüllbarkeit des Pflichtteilsanspruchs entgegen, ermöglicht § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO die Aufrechnung, wenn im Laufe des Insolvenzverfahrens diese beiden Hindernisse beseitigt werden. Auch dann ist aber ein möglicher Ausschluss der Aufrechnung nach § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO zu berücksichtigen.

2. Einschränkung der Auslegung des § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO

Nach dem Wortlaut des Gesetzes schließt § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO die ansonsten nach § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO mögliche Aufrechnung gegen den Pflichtteilsanspruch aus, wenn der Aufrechnung im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung die mangelnde Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO und die sich daraus ergebende Unerfüllbarkeit des Pflichtteilsanspruchs entgegenstehen, der Pflichtteilsanspruch aber bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO fällig ist oder wird. Allerdings ist für diesen Fall eine einschränkende Auslegung des § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO zu erwägen.

Sinn und Zweck der in Parallelität zu den Regelungen der § 392, § 406 BGB stehenden Vorschrift des § 95 Abs. 1 InsO ist es nämlich, gegenüber dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Insolvenzgläubiger das berechtigte Vertrauen eines Insolvenzgläubigers auf das spätere vollgültige Entstehen einer im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bereits angelegten Aufrechnungslage zu schützen.²¹ Der Ausschluss der Aufrechnung nach § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO ist demnach dadurch begründet, dass es dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger zuwiderliefe, wenn ein Insolvenzgläubiger seine Gegenforderung nach dem auf die Verfahrenseröffnung folgenden Eintritt der Aufrechnungsvoraussetzungen auch dann aufrechnen könnte, wenn die gegen ihn gerichtete Hauptforderung des Insolvenzschuldners vor Eintritt der Aufrechnungsvoraussetzungen bereits voll durchsetzbar war. Hätte der Insolvenzverwalter die Hauptforderung gegen den aufrechnungswilligen Insolvenzgläubiger durchset-

²⁰ Den Aufrechnungsausschluss dann wohl bejahend *Jacoby*, in: HambKomm-InsR, § 95 Rn. 20; wohl ebenso und ausdrücklich auch für den – hier gegebenen – Fall einer verhaltenen Hauptforderung *Windel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 95 Rn. 9.

²¹ BGH, Urt. v. 29.06.2004 – IX ZR 147/03, BGHZ 160, 1 (Juris-Rn. 18 = S. 5); BGH, Urt. v. 21.12.2006 – IX ZR 7/06, ZIP 2007, 239 (Rn. 12); BFH, Urt. v. 23.02.2011 – I R 20/10, BFHE 233, 114 (Rn. 9); *Bork*, FS Ishikawa, 31 (32); *Höhn/Kaufmann*, JuS 2003, 751 (753); *Adolphsen*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 45 Rn. 44; *Häsemeyer*, in: Kölner Schrift, Kap. 15 Rn. 15, 24; *Kroth*, in: Braun, § 95 Rn. 1; *Wittkowski/Kruth*, in: Nerlich/Römermann, § 95 Rn. 2. Ablehnend gegenüber dieser herrschenden Meinung etwa *Windel*, in: Jaeger/Henckel, InsO, § 95 Rn. 3.

zen können, ohne dass jener hätte aufrechnen können, soll die Aufrechnung nach § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO ausgeschlossen sein.

Von dieser Konstellation unterscheidet sich der hier zu beurteilende Fall der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einem bedeutsamen Punkt. Zwar ist der Pflichtteilsanspruch, sofern er nicht gestundet wird, bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO und somit noch vor vollständigem Eintritt der Aufrechnungslage fällig und voll durchsetzbar. Wird er jedoch durchgesetzt, bedeutet die mit der gerichtlichen Durchsetzung einhergehende Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs zugleich die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO, sodass der Pflichtteilsanspruch ab diesem Zeitpunkt erfüllbar ist und alle Voraussetzungen für die Aufrechnung gegeben sind. Mit der Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs tritt also zwangsläufig zugleich die Erfüllbarkeit der Hauptforderung und damit die Aufrechnungslage ein. Steht nun aber der Aufrechnung lediglich die mangelnde Erfüllbarkeit des Pflichtteilsanspruchs entgegen, so muss der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs zu keinem Zeitpunkt damit rechnen, vom Insolvenzverwalter auf Erfüllung der Hauptforderung in Anspruch genommen zu werden, ohne dieser Inanspruchnahme die Aufrechnung der Gegenforderung mit dem Pflichtteilsanspruch entgegenhalten zu können. Da in dieser Situation die gesetzgeberische Motivation für den Aufrechnungsausschluss des § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO nicht greift, empfiehlt sich eine teleologische Reduktion, wonach die Vorschrift auf diesen Fall nicht anzuwenden ist. Der nach § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO grundsätzlich möglichen Aufrechnung steht § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO dann nicht entgegen.

III. Anfechtbare Erlangung der Aufrechnungsmöglichkeit

Unabhängig davon, ob die Aufrechnungslage schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens besteht oder erst während des Laufs des Insolvenzverfahrens entsteht, ist die Aufrechnung gegen den Pflichtteilsanspruch als Hauptanspruch nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unzulässig, wenn der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs als Insolvenzgläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat.

§ 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO gilt für sämtliche Insolvenzanfechtungsgründe; praktisch relevant sind insbesondere die Erlangung der Möglichkeit der Aufrechnung durch kongruente Deckung im Sinne des § 130 InsO oder durch inkongruente Deckung im Sinne des § 131 InsO.²² Liegen die Voraussetzungen eines Anfechtungsgrundes vor, führt § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO automatisch und zwingend zur Unwirksamkeit der Aufrechnung. Auf diese Unwirksamkeit kann sich der Insolvenzverwalter berufen, ohne zunächst die Anfechtung der Erlangung der Mög-

²² Bork, FS Ishikawa, 31 (40–43); Adolphsen, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 45 Rn. 100; Brandes/Lohmann, in: MünchKomm-InsO, § 96 Rn. 29d-31; Häsemeyer, in: Kölner Schrift, Kap. 15 Rn. 56–59.

lichkeit der Aufrechnung als solche geltend machen zu müssen.²³ § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO gilt auch, wenn die Aufrechnung schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erklärt worden ist; mit Verfahrenseröffnung ist die Aufrechnung dann rückwirkend als unwirksam zu erachten.²⁴

IV. Ergebnis

Als Ergebnis zur Aufrechnung gegen den Pflichtteilsanspruch in der Insolvenz des Pflichtteilsanspruchsinhabers ist festzuhalten, dass sich die Aufrechnung grundsätzlich nach den näher dargestellten Regelungen der § 94 – § 96 InsO richtet. So steht etwa einer bereits vor Verfahrenseröffnung begründeten Aufrechnungsmöglichkeit die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 94 InsO nicht entgegen. Nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ist die Aufrechnung gegen den Pflichtteilsanspruch hingegen in jedem Fall unwirksam, wenn der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat.

Besonderheiten gelten insofern, als gegen den Pflichtteilsanspruch nach dem oben zur Aufrechnung außerhalb der Insolvenz Gesagten erst nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO aufgerechnet werden kann.²⁵ Stützt man dieses Ergebnis mit der herrschenden Meinung auf das Aufrechnungsverbot des § 394 Satz 1 BGB, so kann gegen den Pflichtteilsanspruch in der Insolvenz nur dann aufgerechnet werden, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfüllt hat. Die Beseitigung dieses Aufrechnungsverbots durch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nach Verfahrenseröffnung wird dann nicht von der Vorschrift des § 95 Abs. 1 InsO erfasst; die Aufrechnung bleibt ausgeschlossen.

Versteht man den Pflichtteilsanspruch hingegen mit der hier vertretenen Ansicht als einen verhaltenen Anspruch, der erst nach Eintritt der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt werden kann, und nimmt man an, dass der Aufrechnung gegen den Pflichtteilsanspruch vor Eintritt der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nur die mangelnde Erfüllbarkeit, nicht aber auch das Aufrechnungsverbot des § 394 Satz 1 BGB entgegensteht,²⁶ so kann die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens sehr wohl noch zur Möglichkeit der Aufrechnung durch den Schuldner des Pflichtteilsanspruchs führen. Der nachträgliche Eintritt der Erfüllbarkeit des

²³ BGH, Urt. v. 29.06.2004 – IX ZR 195/03, BGHZ 159, 388 (Juris-Rn. 17 = S. 393); BGH, Urt. v. 11.11.2004 – IX ZR 237/03, ZIP 2005, 181 (Juris-Rn. 12 = S. 182); *Brandes/Lohmann*, in: MünchKomm-InsO, § 96 Rn. 37; *Sinz*, in: Uhlenbruck, § 96 Rn. 46, 57.

²⁴ *Bork*, FS Ishikawa, 31 (34–38); *Adolphsen*, in: Gottwald, InsR-Hdb., § 45 Rn. 99; *Brandes/Lohmann*, in: MünchKomm-InsO, § 96 Rn. 27 f.; *Hirte/Ede*, in: Uhlenbruck, § 129 Rn. 58; *Sinz*, in: Uhlenbruck, § 96 Rn. 57; *Wittkowski/Kruth*, in: Nerlich/Römermann, § 96 Rn. 26.

²⁵ Oben unter § 6.IV. (S. 159).

²⁶ Oben unter § 6.III. (S. 158).

Pflichtteilsanspruchs als Hauptanspruch wird dann von § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO erfasst. Die der Aufrechnung nach § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO ihrem Wortlaut nach eigentlich entgegenstehende Vorschrift des § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO ist aus teleologischen Gründen auf diesen Fall nicht anzuwenden.

Schluss

Die vielfältigen Fragen, die sich bei der (Einzel-)Zwangsvollstreckung und bei der Gesamtvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch stellen, sind vorstehend im Einzelnen erörtert worden. Die angestellten Erwägungen sollen nunmehr zusammengefasst und nochmals zueinander in Beziehung gesetzt werden. Sodann ist ein Ausblick auf weitere Aspekte der Thematik zu geben, bevor abschließend Thesen formuliert werden.

I. Zusammenfassung

Der Gang der Überlegungen lässt sich wie folgt zusammenfassen.

1. Der Pflichtteilsanspruch

Im ersten Teil der Arbeit wurden als Grundlegung für die weitere Untersuchung die im BGB geregelten Pflichtteilsansprüche dargestellt, die verfassungsrechtliche, rechtspolitische und rechtstatsächliche Bedeutung des Pflichtteilsrechts beschrieben und der Grundsatz der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Anspruchs herausgearbeitet.

a) Die Pflichtteilsansprüche des BGB

Im – vornehmlich darstellenden – § 1 wurden die Merkmale der in den §§ 2303 ff. BGB normierten Pflichtteilsansprüche erörtert.

b) Verfassungsrechtliche, rechtspolitische und rechtstatsächliche Bedeutung des Pflichtteilsrechts

Sodann wurde in § 2 zur verfassungsrechtlichen Dimension des Pflichtteilsrechts ausgeführt, dass Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG nach dem maßgeblichen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2005 eine grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass gewährleistet. Die Literatur steht diesem verfassungsgerichtlichen Beschluss sowohl hinsichtlich seiner Begründung als auch hinsichtlich seines Ergebnisses kritisch gegenüber. Auch weitere rechtspolitische Ansätze zur Begründung des Pflichtteilsrechts vermögen nicht ohne Weiteres zu überzeugen. Praktisch werden die gesetzlichen Regelungen zum Pflichtteilsrecht jedoch kaum in Frage gestellt. Es

ist somit davon auszugehen, dass das gesetzliche Pflichtteilsrecht bis auf Weiteres Bestand haben wird. Die rechtstatsächliche Bedeutung des Pflichtteilsrechts ist ohnehin nicht zu unterschätzen und wird mit dem Anstieg des in Deutschland insgesamt vererbten Vermögens auch in Zukunft weiter wachsen.

c) Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Anspruchs

In § 3 konnte aufgezeigt werden, dass ein Pflichtteilsanspruchsinhaber sehr verschiedenartige Motive für die Nichtgeltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs haben kann, die jedoch infolge der – in § 852 Abs. 1 ZPO angelegten – Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers einer rechtlichen Bewertung grundsätzlich entzogen sind. Festzuhalten waren aber auch gewisse Einschränkungen dieser Entscheidungsfreiheit. So kann eine Pflichtteilsstrafklausel in einem gemeinschaftlichen Testament den Pflichtteilsanspruchsinhaber durchaus von der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs abhalten. Auch können sich aus dem Sozialrecht in seinen Ausprägungen durch das Arbeitslosengeld II, durch die Sozialhilfe und durch die Prozesskostenhilfe Obliegenheiten zur Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs ergeben. Völlig aufgehoben ist der Grundsatz der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers schließlich, wenn ein Pflichtteilsanspruch nach der Gewährung von Sozialleistungen durch Verwaltungsakt auf einen Sozialleistungsträger übergeleitet wird oder kraft Gesetzes übergeht und von dem Sozialleistungsträger dann auch ohne oder gegen den Willen des Pflichtteilsanspruchsinhabers geltend gemacht werden kann.

2. Der Pflichtteilsanspruch in der Zwangsvollstreckung

Im zweiten Teil der Arbeit wurde den Problemen auf den Grund gegangen, die sich bei der (Einzel-)Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch stellen.

a) Die Einschränkung der Zwangsvollstreckung durch § 852 Abs. 1 ZPO

Vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des § 852 Abs. 1 ZPO und des Zwecks dieser Vorschrift, die Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Anspruchs bei gleichzeitiger Ermöglichung des Gläubigerzugriffs für den Fall der Geltendmachung zu wahren, wurde in § 4 ein Bedürfnis für die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bejaht. Im Ergebnis hat sich damit die vom Bundesgerichtshof im Jahr 1993 durch die einschränkende Auslegung der Rechtsfolgen des § 852 Abs. 1 ZPO geschaffene Möglichkeit der Pfändung des in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Pflichtteilsanspruchs als zulässig und sinnvoll erwiesen. Dabei müssen der herrschenden Meinung entsprechend Pfändungsantrag und Pfändungsbeschluss keine Angaben zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO enthalten; bis zu

einer Umformulierung des § 852 Abs. 1 ZPO durch den Gesetzgeber erscheint es aber angebracht, im Pfändungsbeschluss darauf hinzuweisen, dass der Pflichtteilsanspruch erst nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO verwertbar ist.

Die umstrittene Frage, ob der Pflichtteilsanspruch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nicht nur gepfändet, sondern auch schon zur Einziehung überwiesen werden kann, lässt sich allein anhand des unmittelbaren Zwecks des § 852 Abs. 1 ZPO nicht beantworten. Sie ist aber deshalb zu verneinen, weil § 852 Abs. 1 ZPO auch ein Gebot zur Rechtsschutzgewährung enthält und weil der Pflichtteilsanspruchsinhaber seine Entscheidungsfreiheit über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs nur dann gerichtlich durchsetzen kann, wenn man den Erlass eines Überweisungsbeschlusses von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO abhängig macht. Ist der Pflichtteilsanspruch gepfändet, kann der Pflichtteilsanspruchsinhaber diesen weiterhin durch Vertrag anerkennen oder rechtshängig machen und so die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bewirken. Nur eine Verfügung über den Pflichtteilsanspruch – mit Ausnahme des vollständigen oder teilweisen Verzichts auf den Pflichtteilsanspruch – ist ihm durch die Pfändung verwehrt.

Bei der Auslegung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO war verhältnismäßig leicht zu bestimmen, wann ein Pflichtteilsanspruch im Sinne dieser Vorschrift rechtshängig geworden ist. Schwieriger zu klären war die Frage nach der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag. Die Erwägungen zu diesem Merkmal haben ergeben, dass hierfür ein auf Feststellung des Pflichtteilsanspruchs, also auf ein Einverständnis über dessen Bestehen, zielender formloser Vertrag zwischen dem Inhaber und dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs erforderlich ist. Der Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag ist eine Verfügung des Pflichtteilsanspruchsinhabers über seinen Anspruch gleichzustellen, die unter bestimmten Bedingungen nicht einmal wirksam sein muss. Zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO muss der Pflichtteilsanspruch nicht beziffert werden; auch eine teilweise Geltendmachung ist ausreichend. Durch Klagerücknahme oder Aufhebungsvertrag kann die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO mit Wirkung für die Zukunft wieder beseitigt werden.

b) Einzelgläubigeranfechtung

Zur Einzelgläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz wurde in § 5 eingehend untersucht, inwiefern es die Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers benachteiligen kann, wenn dieser vor anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO über seinen Pflichtteilsanspruch verfügt. Dabei wurde herausgearbeitet, dass die Gläubigerbenachteiligung die Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs für die Gläubiger voraussetzt, dass es aber bei wertender Betrachtung ausreicht, wenn die Herbeiführung der Verwertbarkeit mit der anzufechtenden Rechtshandlung zusammenfällt. Im Gegensatz zur herr-

schenden Meinung ist dieses Ergebnis jedoch nicht damit zu begründen, dass der Nichterfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO als hypothetischem Kausalverlauf im Anfechtungsrecht keine Bedeutung zukomme; vielmehr ist bei zutreffender Bestimmung von Reichweite und Gegenstand der Anfechtung zu erkennen, dass die Anfechtung auf die gläubigerbenachteiligende Wirkung des Rechtsübergangs am Pflichtteilsanspruch beschränkt werden und die mit der Verfügung zugleich bewirkte Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO unberührt lassen kann.

Keine Voraussetzung der Anfechtbarkeit ist bei genauerer Betrachtung, dass der Pflichtteilsanspruch vor der anzufechtenden Verfügung auch bereits pfändbar war. Es ist daher nicht richtig, wenn der Bundesgerichtshof die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1993 damit begründet hat, dass missbräuchliche Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch andernfalls nicht der Einzelgläubigeranfechtung unterlägen. Gleichwohl verdient das Ergebnis jener Entscheidung Zustimmung, da die bloße Geltendmachung der Unwirksamkeit einer nachteiligen Verfügung gegenüber deren Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz für die Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers entscheidende Vorteile mit sich bringt.

Besser begründen lässt sich die Anfechtbarkeit von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO, wenn man mit einem alternativen Ansatz die Weggabe unpfändbarer Gegenstände generell als gläubigerbenachteiligend versteht. Dieser Ansatz stimmt mit den Ergebnissen der herrschenden Meinung weitgehend überein und lässt sich auch auf die hiesige Konstellation anwenden. Ob dieser alternative Ansatz ganz allgemein Zustimmung verdient, musste im Rahmen der vorliegenden Arbeit letztlich offengelassen werden; hinsichtlich der Anfechtung von Verfügungen über den Pflichtteilsanspruch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vermag er jedenfalls zu überzeugen.

Als unabhängig von der vorherigen Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO anfechtbar haben sich somit die Abtretung und die Belastung des Pflichtteilsanspruchs durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber erwiesen. Der – vollständige oder teilweise – Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch sowie dessen Nichtgeltendmachung bis zum Eintritt der Verjährung sind hingegen nur dann anfechtbar, wenn sie nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgen.

c) Aufrechnung

In § 6 konnte zur Aufrechnung durch den Schuldner des Pflichtteilsanspruchs gegen den Pflichtteilsanspruch festgestellt werden, dass der Aufrechnung vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO der Wortlaut des § 394 BGB entgegenstehen könnte. Richtigerweise scheidet die Aufrechnung in diesem Fall aber bereits daran, dass der Pflichtteilsanspruch vor Erfüllung der Voraussetzun-

gen des § 852 Abs. 1 ZPO zwar schon fällig, jedoch noch nicht erfüllbar ist; in diesem Sinne ist der Pflichtteilsanspruch als verhaltener Anspruch zu qualifizieren.

3. Der Pflichtteilsanspruch in der Insolvenz

Im dritten Teil der Arbeit wurden diejenigen Probleme behandelt, die sich in der Insolvenz des Pflichtteilsanspruchsinhabers stellen.

a) Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse

Dazu wurde in § 7 zunächst grundlegend erörtert, ab welchem Zeitpunkt der Pflichtteilsanspruch zur Insolvenzmasse gehört. Nach Darstellung der historischen Entwicklung dieser Frage konnte herausgearbeitet werden, dass der Pflichtteilsanspruch unter Geltung der InsO spätestens mit Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO Bestandteil der Insolvenzmasse wird, dass es aber konstruktiv durchaus möglich ist, den Pflichtteilsanspruch bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO als einen in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Anspruch zur Insolvenzmasse zu rechnen. Mit dem Zweck des § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO und des § 852 Abs. 1 ZPO ist diese frühe Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs durchaus zu vereinbaren.

Im Ergebnis hat sich damit die herrschende Meinung, die den Pflichtteilsanspruch in Parallelität zur einschränkenden Auslegung der Rechtsfolgen des § 852 Abs. 1 ZPO bei der (Einzel-)Zwangsvollstreckung bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO zur Insolvenzmasse zählt, als vorzugswürdig erwiesen. Ein solcher Gleichlauf ist zwar nicht zwingend und auch zum Schutz der Insolvenzgläubiger nicht unerlässlich, da Einwirkungen auf den Pflichtteilsanspruch vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO der Insolvenzanfechtung auch dann unterliegen können, wenn man den Pflichtteilsanspruch erst ab Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO als insolvenzbefangen erachtet. Wie bei der (Einzel-)Zwangsvollstreckung ist es jedoch auch in der Insolvenz für die Gläubiger bzw. den Insolvenzverwalter von entscheidendem Vorteil, wenn lediglich die Unwirksamkeit einer benachteiligenden Verfügung geltend zu machen ist und nicht die Voraussetzungen eines Anfechtungsgrunds dargelegt werden müssen.

b) Rechtsfolgen der Zugehörigkeit des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse

Nach Klärung der Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs konnte in § 8 den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen nachgegangen werden, wobei an erster Stelle zu untersuchen war, inwiefern ein Pflichtteilsanspruchsinhaber nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO bewirken kann. Die in der Literatur geäußerte

Befürchtung, dass es insoweit zu einer Pattsituation zwischen dem Pflichtteilsanspruchsinhaber als Insolvenzschuldner und dem Insolvenzverwalter kommen könne, die nur durch Manipulationen des Gesetzes wie eine Einschränkung der Beschlagnahmewirkungen der § 80 Abs. 1, § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO gelöst werden könne, hat sich dabei als unbegründet erwiesen. Zwar kann der Pflichtteilsanspruchsinhaber nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr wirksam über seinen Pflichtteilsanspruch verfügen; einer Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag steht dessen Insolvenzbefangenheit jedoch nicht entgegen. Trotz Fehlens seiner Prozessführungsbefugnis kann der insolvente Pflichtteilsanspruchsinhaber seinen Pflichtteilsanspruch auch weiterhin durch Erhebung einer – zunächst freilich unzulässigen – Klage rechtshängig machen. Hilfsweise wäre von einer gewillkürten oder gesetzlichen Prozessstandschaft des Pflichtteilsanspruchsinhabers hierzu auszugehen. Die gebotene analoge Anwendung der § 240 Satz 1 ZPO, § 85 Abs. 1 Satz 1 InsO bewirkt auch bei Eintritt der Rechtshängigkeit erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Unterbrechung des Prozesses, der sodann vom prozessführungsbefugten Insolvenzverwalter aufgenommen und fortgeführt werden kann. Ergänzend ist die Möglichkeit des Insolvenzschuldners anzuerkennen, den Insolvenzverwalter zur Herbeiführung der Rechtshängigkeit des insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruchs zu ermächtigen. In diesem Fall kann der Insolvenzverwalter den Pflichtteilsanspruch selbst einklagen und damit rechtshängig machen.

Zu den sonstigen Befugnissen des insolventen Pflichtteilsanspruchsinhabers wurde festgestellt, dass sie weitgehende Parallelen zu denjenigen in der (Einzel-)Zwangsvollstreckung aufweisen. Vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO kann der Pflichtteilsanspruchsinhaber auf seinen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch in einschränkender Auslegung des § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO ganz oder teilweise verzichten und einen Vergleich schließen. Nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO fehlt ihm die Rechtsmacht hierzu.

Die Möglichkeit des Pflichtteilsanspruchsinhabers, seinen insolvenzbefangenen Pflichtteilsanspruch schlicht nicht geltend zu machen, ist, abgesehen vom Fall des § 4a InsO, durch keinerlei Pflicht oder Obliegenheit zur Geltendmachung eingeschränkt, wenn der Pflichtteilsanspruch vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstanden ist. Ist der Pflichtteilsanspruch erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens entstanden, so hat der Pflichtteilsanspruchsinhaber nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO gemäß § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Hälfte des Wertes des Pflichtteilsanspruchs in Geld an den Treuhänder zu zahlen, wenn er sich die Möglichkeit der Restschuldbefreiung erhalten möchte. Vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO folgt aus § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO hingegen keine Obliegenheit dazu, einen erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen. Erfüllt der Pflichtteilsanspruchsinhaber die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erst nach Ablauf der Abtretungsfrist bzw. nach

vorzeitiger Erteilung der Restschuldbefreiung, kann er den Pflichtteilsanspruch in vollem Umfang für sich behalten. Zur Verschiebung des Eintritts der Verjährung über diesen Zeitpunkt hinaus kann der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs einseitig auf die Einrede der Verjährung verzichten, über den Pflichtteilsanspruch verhandeln oder diesen einseitig anerkennen, wobei eine Beteiligung des Pflichtteilsanspruchsinhabers hieran häufig als Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag zu werten sein wird. Der Erblasser seinerseits kann dieses Ergebnis herbeiführen, indem er zulasten des Erben ein Vermächtnis auf Abschluss einer Verjährungsverlängerungsvereinbarung in Bezug auf den Pflichtteilsanspruch anordnet.

Falls der Pflichtteilsanspruchsinhaber noch vor Beendigung des Insolvenzverfahrens die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt, kann der insolvenzbefangene Pflichtteilsanspruch vom Insolvenzverwalter verwertet werden. Erfüllt der Pflichtteilsanspruchsinhaber die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO für einen vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch hingegen erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens, dann unterliegt der Pflichtteilsanspruch der Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Um den vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch im Zeitraum zwischen Beendigung des Insolvenzverfahrens und Anordnung der Nachtragsverteilung gegen Zwischenverfügungen und gegen (Einzel-)Zwangsvollstreckungszugriffe abzusichern, bietet es sich an, im Beschluss über die Beendigung des Insolvenzverfahrens die Nachtragsverteilung vorzubehalten. Ist die Nachtragsverteilung nicht vorbehalten worden, soll nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Fall einer Zwischenverfügung auf die dadurch in das Vermögen des früheren Insolvenzschuldners gelangte Gegenleistung im Wege einer verlängerten Nachtragsverteilung zugegriffen werden können. Diese Konstruktion einer verlängerten Nachtragsverteilung ist jedoch dogmatisch nicht zu begründen und auch nicht sachgerecht. Vorzugswürdig ist es vielmehr, wie im folgenden Paragraphen näher dargelegt, auf derartige Zwischenverfügungen und (Einzel-)Zwangsvollstreckungszugriffe die Insolvenzanfechtung zur Anwendung zu bringen.

Für die Massekostendeckungsprüfung nach § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO ist der Pflichtteilsanspruch nur dann zu berücksichtigen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Insolvenzschuldner die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO herbeiführen wird.

c) Insolvenzanfechtung

Bei der Erörterung der Insolvenzanfechtung in § 9 erwiesen sich die Erwägungen zur Einzelgläubigeranfechtung als hilfreich. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob eine vor anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgte Verfügung über den Pflichtteilsanspruch die Insolvenzgläubiger benachteiligen kann. Bei wertender Betrachtung ist diese Frage weniger unter Hinweis auf die Unbeachtlichkeit hypothetischer Kausalverläufe im Insol-

venzanfechtungsrecht als vielmehr auf Grundlage der exakten Bestimmung von Reichweite und Gegenstand der Insolvenzanfechtung zu bejahen. Zu demselben Ergebnis gelangt man auf noch überzeugendere Weise, wenn man mit dem alternativen Ansatz die Weggabe unpfändbarer Gegenstände generell als gläubigerbenachteiligend erachtet. Entgegen der herrschenden Meinung ist die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO keine Voraussetzung für die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit entsprechender Verfügungen. Der zeitliche Anwendungsbereich der Insolvenzanfechtung ist bei näherer Betrachtung über den Wortlaut des § 129 Abs. 1 InsO hinaus nicht auf vor Verfahrenseröffnung vorgenommene Rechtshandlungen beschränkt. Neben den bereits im Rahmen der Einzelgläubigeranfechtung anfechtbaren Rechtshandlungen des (Insolvenz-)Schuldners unterfallen der Insolvenzanfechtung auch Rechtshandlungen Dritter, wie insbesondere (Einzel-)Zwangsvollstreckungszugriffe. Freilich kommt die Insolvenzanfechtung insoweit nur dann zum Tragen, wenn die betreffenden Vollstreckungshandlungen nicht bereits nach den § 88, § 89 InsO unwirksam sind.

Anschließend an die Darstellung der Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung konnte die Frage beantwortet werden, ob die Insolvenzanfechtung auch Rechtshandlungen erfasst, die nach Beendigung des Insolvenzverfahrens ohne Vorbehalt der Nachtragsverteilung in Bezug auf einen bereits vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen, aber bei Beendigung des Insolvenzverfahrens noch nicht verwertbaren Pflichtteilsanspruch vorgenommen werden. Die konstruktive Möglichkeit einer solchen Insolvenzanfechtung ist zu bejahen. Für den danach bestehenden Insolvenzanfechtungsanspruch des Insolvenzverwalters kann ihrerseits die Nachtragsverteilung angeordnet werden. Diese Möglichkeit hat sich als vorzugswürdig gegenüber der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung befürworteten Konstruktion einer verlängerten Nachtragsverteilung erwiesen, weil die Insolvenzanfechtung auch (Einzel-)Zwangsvollstreckungszugriffe Dritter erfasst und den Insolvenzgläubigern genau den Wert des entzogenen Pflichtteilsanspruchs – und nicht eine möglicherweise geringere oder höhere Gegenleistung – zugute kommen lässt.

d) Aufrechnung in der Insolvenz

Anknüpfend an die in § 6 gefundenen Ergebnisse für die Aufrechnung außerhalb der Insolvenz konnte in § 10 schließlich die Aufrechnung gegen den Pflichtteilsanspruch in der Insolvenz thematisiert werden. Wenn die Aufrechnungslage bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestanden hat, steht die Verfahrenseröffnung der Erklärung der Aufrechnung nicht entgegen, sofern die Aufrechnungsmöglichkeit nicht durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt worden ist. Versteht man im Übrigen den Pflichtteilsanspruch als verhaltenen Anspruch, so ist die Aufrechnung gemäß § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO auch dann noch möglich, wenn der Pflichtteilsanspruchsinhaber die Voraussetzungen des § 852

Abs. 1 ZPO erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfüllt; § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO ist auf diesen Fall nicht anzuwenden.

II. Ausblick

In der vorliegenden Arbeit wurden zahlreiche Probleme, die sich bei der (Einzel-)Zwangsvollstreckung und der Gesamtvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch stellen, vertieft erörtert. Es wurde versucht, dafür dogmatisch stringente und zugleich praxistaugliche Lösungen zu entwickeln. Auf weitere offene Fragen und Perspektiven sei hier nur noch kurz hingewiesen.

Dies gilt etwa hinsichtlich der Frage, inwiefern das deutsche Pflichtteilsrecht als solches zukunftsfähig ist oder angesichts seiner fraglichen verfassungsrechtlichen Verankerung und rechtspolitischen Begründung grundlegend reformiert werden sollte. Auf Grundlage des geltenden Pflichtteilsrechts, das in § 852 Abs. 1 ZPO den Grundsatz der Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchs-inhabers über die Geltendmachung seines Anspruchs enthält, gilt es, die sich insbesondere aus dem Unterhalts- und Sozialrecht ergebenden Einschränkungen dieses Grundsatzes auszutariieren und bestehende Wertungswidersprüche aufzulösen.

Bewusst hat sich die vorliegende Arbeit auf die Behandlung des in § 852 Abs. 1 ZPO geregelten Pflichtteilsanspruchs konzentriert. Es liegt nahe, die gefundenen Ergebnisse auf die in § 852 Abs. 2 ZPO geregelten Ansprüche des verarmten Schenkers auf Herausgabe des Geschenks und des Ehegatten auf Ausgleich des Zugewinns zu übertragen. Inwieweit dies richtig ist, bedarf freilich noch näherer Untersuchung. Ferner wird zu bedenken sein, dass § 852 Abs. 2 ZPO analog auf weitere Rückforderungsansprüche wie etwa den Vorbehalt der Rückforderung bei Grundstücksübertragungen angewandt wird. Auch für die (Einzel-)Zwangsvollstreckung und die Gesamtvollstreckung in derartige Ansprüche können die mit der vorliegenden Arbeit erlangten Erkenntnisse von entscheidender Bedeutung sein.

Maßgebliche Erwägungen und Lösungsansätze können der vorliegenden Arbeit zudem für die (einzel-)zwangsvollstreckungsrechtliche und die insolvenzrechtliche Behandlung weiterer Ansprüche zu entnehmen sein, über deren Geltendmachung der Anspruchsinhaber zwar höchstpersönlich entscheiden darf, die im Fall ihrer Geltendmachung wirtschaftlich aber den Gläubigern des Anspruchsinhabers haften sollen. Gelten mag dies etwa für das zur Eintragung eines Patents, Gebrauchs- oder Geschmacksmusters berechtigende Erfinderrecht sowie für Aspekte des Urheberrechts²⁷.

Über die Perspektive der in ihrer zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingten Ansprüche hinaus hat die vorliegende Arbeit die Notwendigkeit aufgezeigt, jenen alternativen Ansatz vertieft zu untersuchen, demzufolge bei

²⁷ Zum Urheberrecht in der Zwangsvollstreckung etwa *Skauradszun*, Das Urheberrecht in der Zwangsvollstreckung, 2009.

der Einzelgläubiger- und der Insolvenzanfechtung die Weggabe unpfändbarer Gegenstände generell gläubigerbenachteiligend ist. Im Zusammenhang der Arbeit hat sich dieser Ansatz als durchaus überzeugend erwiesen. Inwiefern ihm darüber hinaus allgemein zu folgen ist, bedarf noch weiterer Klärung.

Für den zeitlichen Anwendungsbereich der Insolvenzanfechtung wurde es in der vorliegenden Arbeit für richtig befunden, ihn über den Wortlaut des § 129 Abs. 1 InsO hinaus auf Rechtshandlungen auszudehnen, die erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen werden. In der wissenschaftlichen Literatur wird diese Erwägung bislang kaum verfolgt, sodass auch insofern eine vertiefte Auseinandersetzung wünschenswert wäre. Folgt man dem hiesigen Ansatz und hält man auch die Insolvenzanfechtung von Rechtshandlungen für denkbar, die erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens in Bezug auf einen zuvor zwar insolvenzbefangenen, aber noch nicht verwertbaren Gegenstand vorgenommen werden, so wäre damit ein Instrument gefunden, das der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bejahten Konstruktion einer verlängerten Nachtragsverteilung aus mehrfachen Gründen vorzuziehen wäre. Diese vorliegend auf den Pflichtteilsanspruch beschränkten Erwägungen beanspruchen grundsätzlich allgemeine Geltung und sollten auch deshalb Anlass zu weiterer Diskussion geben.

Wünschenswert erscheint schließlich – unabhängig von rechtspolitisch begründeten Bestrebungen zur Reform des Pflichtteilsrechts – jedenfalls eine klarstellende Gesetzesänderung. Im Rahmen sowohl der (Einzel-)Zwangsvollstreckung als auch der Insolvenz hat es sich nämlich in der vorliegenden Untersuchung als angebracht erwiesen, § 852 Abs. 1 ZPO entgegen seinem Wortlaut so auszulegen, dass der Pflichtteilsanspruch schon vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO gepfändet und zur Insolvenzmasse gerechnet werden kann. Im Ergebnis ist damit, wenngleich mit anderer Begründung, der Linie zu folgen, welche die höchstrichterliche Rechtsprechung mit ihrem Grundsatzzurteil aus dem Jahr 1993 eingeschlagen hat. § 852 Abs. 1 ZPO begründet demnach kein Pfändungs-, sondern lediglich ein Verwertungsverbot. Im Interesse der Rechtsklarheit empfiehlt es sich, dieser Erkenntnis auch im Wortlaut des § 852 Abs. 1 ZPO Ausdruck zu verleihen. Freilich ist der Begriff der Verwertbarkeit seinerseits auslegungsbedürftig und vermag nicht alle sich bei der (Einzel-)Zwangsvollstreckung und der Gesamtvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch stellenden Probleme zu lösen. Gegenüber der seit über 116 Jahren in § 852 Abs. 1 ZPO enthaltenen Formulierung, dass der Pflichtteilsanspruch nur unter den dort genannten Bedingungen der Pfändung unterworfen ist, erweist er sich aber allemal als vorzugswürdig. Da sich die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs von selbst ergibt und angesichts des § 2317 Abs. 2 Var. 2 BGB auch nicht durch § 851 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen ist, kann § 852 Abs. 1 ZPO auf die Einschränkung der Verwertbarkeit beschränkt werden. Dem Gesetzgeber sei damit geraten, § 852 Abs. 1 ZPO wie folgt neu zu fassen:

Der Pflichtteilsanspruch ist der Verwertung nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist.

III. Thesen

Die in der vorliegenden Arbeit gefundenen Ergebnisse lassen sich in folgenden Thesen formulieren:

These 1 Entgegen dem Gesetzeswortlaut ist – freilich aus anderen als den von der herrschenden Meinung dafür vorgebrachten Gründen – der Auffassung zu folgen, dass der Pflichtteilsanspruch bereits vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO pfändbar ist. Dessen ungeachtet empfiehlt es sich im Interesse der Rechtsklarheit, in § 852 Abs. 1 ZPO das Wort „Pfändung“ durch das Wort „Verwertung“ zu ersetzen.

These 2 Für die Pfändung des Pflichtteilsanspruchs müssen Pfändungsantrag und Pfändungsbeschluss keine Angaben zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO enthalten. Bis zu einer Umformulierung des § 852 Abs. 1 ZPO durch den Gesetzgeber ist es aber angebracht, im Pfändungsbeschluss auf die aufschiebend bedingte Verwertbarkeit des Pflichtteilsanspruchs hinzuweisen.

These 3 Zur Sicherung der durch § 852 Abs. 1 ZPO gewährleisteten Entscheidungsfreiheit des Pflichtteilsanspruchsinhabers über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs ist davon auszugehen, dass die Überweisung des gepfändeten Pflichtteilsanspruchs zur Einziehung erst nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO möglich ist.

These 4 Die Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO erfordert einen auf die Feststellung des Pflichtteilsanspruchs, also auf ein Einverständnis über dessen Bestehen, zielenden Vertrag zwischen dem Inhaber und dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs. Der Anerkennung durch Vertrag ist eine Verfügung über den Pflichtteilsanspruch durch den Pflichtteilsanspruchsinhaber gleichzustellen.

These 5 Zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO muss der Pflichtteilsanspruch nicht beziffert werden. Wenn der Pflichtteilsanspruch nur teilweise geltend gemacht wird, sind die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO nur in dieser Höhe erfüllt. Eine bereits eingetretene Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO kann der Pflichtteilsanspruchsinhaber mit Wirkung für die Zukunft wieder beseitigen.

These 6 Die Abtretung und die Belastung des Pflichtteilsanspruchs benachteiligen die Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers auch dann, wenn diese Rechtshandlungen vor anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgen. Die vorherige Pfändbarkeit bzw. die vorherige Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs ist keine Voraussetzung für das Vorliegen der Gläubigerbenachteiligung und es ist nicht erforderlich, auf die Unbeachtlich-

keit hypothetischer Kausalverläufe im Anfechtungsrecht abzustellen. Vielmehr folgt die Gläubigerbenachteiligung bei exakter Bestimmung von Reichweite und Gegenstand der Anfechtung daraus, dass mit der anzufechtenden Rechtshandlung die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfüllt werden.

These 7 Dass Abtretung und Belastung des Pflichtteilsanspruchs die Gläubiger des Pflichtteilsanspruchsinhabers auch vor anderweitiger Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO benachteiligen, lässt sich noch überzeugender mit dem alternativen Ansatz begründen, demzufolge die Weggabe unpfändbarer Gegenstände generell gläubigerbenachteiligend ist.

These 8 Der Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch und die Unterlassung verjährungshemmender Maßnahmen sind nur dann gläubigerbenachteiligend, wenn sie nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO erfolgen.

These 9 Der Pflichtteilsanspruch ist ein verhaltener Anspruch. Vor Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ist die Aufrechnung gegen den Pflichtteilsanspruch ausgeschlossen, weil der Pflichtteilsanspruch dann noch nicht erfüllbar ist.

These 10 Die Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs hängt nicht von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO ab. Ein vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandener Pflichtteilsanspruch zählt ab Verfahrenseröffnung zur Insolvenzmasse. Ein nach Verfahrenseröffnung entstehender Pflichtteilsanspruch wird mit seiner Entstehung Bestandteil der Insolvenzmasse.

These 11 Ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Insolvenzschuldner über seinen Pflichtteilsanspruch nicht mehr wirksam verfügen. Er kann ihn aber weiterhin im Sinne des § 852 Abs. 1 ZPO durch Vertrag anerkennen oder rechtshängig machen. Der Möglichkeit des Rechtshängigmachens steht das Fehlen der Verfügungsbefugnis des Pflichtteilsanspruchsinhabers nicht entgegen. Zudem kann der Insolvenzschuldner den Insolvenzverwalter zur Herbeiführung der Rechtshängigkeit des Pflichtteilsanspruchs ermächtigen.

These 12 Macht der Insolvenzschuldner den Pflichtteilsanspruch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens selbst rechtshängig, ist die analoge Anwendung der § 240 ZPO, § 85 InsO mit der Folge geboten, dass der Prozess unterbrochen wird und vom Insolvenzverwalter aufzunehmen ist.

These 13 Trotz der Insolvenzbefangenheit des Pflichtteilsanspruchs kann der Pflichtteilsanspruchsinhaber auf diesen Anspruch ganz oder teilweise verzichten oder einen entsprechenden Vergleichsvertrag schließen.

These 14 Abgesehen von § 4a InsO besteht insolvenzrechtlich keinerlei Pflicht oder Obliegenheit zur Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs.

These 15 Erfüllt der Insolvenzschuldner vor Beendigung des Insolvenzverfahrens die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO, so kann der Pflichtteilsanspruch vom Insolvenzverwalter verwertet werden. Werden die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO für einen noch vor Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens erfüllt, dann unterfällt der Pflichtteilsanspruch der Nachtragsverteilung.

These 16 Ist die Nachtragsverteilung bei Beendigung des Insolvenzverfahrens nicht vorbehalten worden und verfügt der Pflichtteilsanspruchsinhaber vor Anordnung der Nachtragsverteilung über seinen Pflichtteilsanspruch, kann auf die dafür erlangte Gegenleistung nicht zugegriffen werden. Die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung geschaffene Konstruktion einer verlängerten Nachtragsverteilung ist abzulehnen.

These 17 Bei einem nach Beendigung des Insolvenzverfahrens entstandenen Pflichtteilsanspruch obliegt dem auf Restschuldbefreiung bedachten Pflichtteilsanspruchsinhaber die Zahlung der Hälfte des Wertes des Pflichtteilsanspruchs in Geld an den Treuhänder, wenn er die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vor Ablauf der Abtretungsfrist bzw. vor vorzeitiger Erteilung der Restschuldbefreiung erfüllt. Erfüllt er sie erst danach, so kann er den Pflichtteilsanspruch in vollem Umfang für sich behalten.

These 18 Das Hinausschieben des Verjährungseintritts durch den Schuldner des Pflichtteilsanspruchs ist zwar auf verschiedene Arten möglich, birgt aber, falls der Pflichtteilsanspruchsinhaber daran beteiligt ist, die Gefahr, dass es zur Anerkennung des Pflichtteilsanspruchs durch Vertrag kommt. Vor dem Erbfall kann der Erblasser den Eintritt der Verjährung über das Ende des Restschuldbefreiungsverfahrens hinausschieben, indem er ein Vermächtnis zugunsten des Pflichtteilsberechtigten auf Abschluss einer Verjährungsverlängerungsvereinbarung mit dem Erben anordnet.

These 19 Über den Wortlaut des § 129 Abs. 1 InsO hinaus erfasst die Insolvenzanfechtung auch Rechtshandlungen, die erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen werden. Der Insolvenzanfechtung können auch nach Beendigung des Insolvenzverfahrens erfolgende Verfügungen und Zwangsvollstreckungszugriffe in Bezug auf einen ehemals insolvenzbefangenen Gegenstand unterliegen, der bei Beendigung des Insolvenzverfahrens noch nicht verwertbar war. Damit erübrigt sich die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung geschaffene Konstruktion einer verlängerten Nachtragsverteilung.

These 20 Wenn gegen einen Pflichtteilsanspruch im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur deshalb nicht aufgerechnet werden kann, weil der Pflichtteilsanspruch mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO noch nicht erfüllbar ist, kann die Aufrechnung erfolgen, sobald der Insolvenzschuldner nach Verfahrenseröffnung die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO herbeiführt. Die Aufrechnung ist dann nicht durch § 95 Abs. 1 Nr. 3 InsO ausgeschlossen.

Literaturverzeichnis

- Achilles, Alexander/Gebhard, Albert/Spahn, Peter*, Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1897–1899.
- Adolf-Kapgenöß, Christel*, Pfändung des Pflichtteilsanspruchs. Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, jurisPR-FamR 13/2009 Anm. 1.
- Allgayer, Peter*, Rechtsfolgen und Wirkungen der Gläubigeranfechtung, Köln 2000.
- Althammer, Christoph*, Verjährungshemmung durch unzulässige Klage des Rechtsnachfolgers, NJW 2011, 2172–2175.
- Amann, Hermann*, Das Verjährungsrecht nach der Schuldrechtsreform aus notarieller Sicht, DNotZ 2002, 94–126.
- Andres, Dirk/Leithaus, Rolf/Dahl, Michael* (Hrsg.), Insolvenzordnung. Kommentar, 3. Aufl., München 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Andres/Leithaus.
- Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V.* (Hrsg.)/*Wrobel-Sachs, Hildegard* (Red.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., Münster 2009, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kölner Schrift.
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, Edition 41, Stand: 01.11.2016, München 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK-BGB.
- Bartels, Klaus*, Der erbrechtliche Erwerb des Insolvenzschuldners, KTS 2003, 41–67.
- Bartsch, Herbert*, Keine Versagung der Restschuldbefreiung wegen unterlassener Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs in Wohlverhaltensphase. Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, jurisPR-BKR 11/2009 Anm. 2.
- Baumbach, Adolf* (Begr.)/*Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter* (Fortf.)/*Hartmann, Peter* (Bearb.), Zivilprozessordnung. Mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen, 75. Aufl., München 2017, zitiert als: *Baumbach/Hartmann*.
- Baur, Fritz/Stürmer, Rolf/Bruns, Alexander*, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl., Heidelberg 2006.
- Becker, Christoph*, Insolvenzrecht, 3. Aufl., Köln 2010.
- Becker, Nils*, Massezugehörigkeit eines Pflichtteilsanspruchs bei Privatinsolvenz. Zugleich Anmerkung zu LG Göttingen, Beschl. v. 26.10.2009 – 10 T 86/09, jurisPR-FamR 19/2010 Anm. 7.
- BeckOK-BGB → *Bamberger/Roth*.
- BeckOK-GG → *Epping/Hillgruber*.
- BeckOK-ZPO → *Vorwerk/Wolf*.
- Behr, Johannes*, Pfändung des Pflichtteilsanspruchs, JurBüro 1996, 65–66.
- Bengel, Manfred*, Die Pflichtteilsproblematik beim Tod des Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalls, ZEV 2000, 388–391.
- Berger, Christian*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 05.04.2001 – IX ZR 441/99, JZ 2002, 46–48.
- Bitter, Georg*, Der Kontokorrentkredit: Pfändbarkeit und Insolvenzanfechtung, in: *Ganter, Hans Gerhard/Gottwald, Peter/Lwowski, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Haftung und Insolvenz. Festschrift für Gero Fischer zum 65. Geburtstag, München 2008, S. 15–36, zitiert als: *Bitter*, FS Fischer.

- Bitter, Georg*, Insolvenzanfechtung bei Weggabe unpfändbarer Gegenstände, in: *Bitter, Georg* u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 123–141, zitiert als: *Bitter*, FS K. Schmidt.
- Bittmann, Folker*, Anmerkung zu BGH, UrT. v. 26.01.2012 – IX ZB 111/10, ZWH 2012, 335–336.
- Bork, Reinhard*, Aufhebung und Einstellung des Insolvenzverfahrens unter Vorbehalt der Nachtragsverteilung, ZIP 2009, 2077–2081.
- Aufrechnung und Insolvenzanfechtung, in: *Lüke, Gerhard/Mikami, Takehiko/Prütting, Hanns* (Hrsg.), Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag am 27. November 2001, Berlin, New York 2001, S. 31–45, zitiert als: *Bork*, FS Ishikawa.
 - Doppelbesicherung eines Gesellschaftsdarlehens durch Gesellschaft und Gesellschafter, in: *Berger, Christian/Kayser, Godehard/Pannen, Klaus* (Hrsg.), Sanierung, Insolvenz, Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare. Festschrift für Hans Gerhard Ganter zum 65. Geburtstag, München 2010, S. 135–151, zitiert als: *Bork*, FS Ganter.
 - Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Aufl., Tübingen 2014.
 - Prozessrechtliche Notiz zum UMAG, ZIP 2005, 66–67.
- Brambring, Günter*, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das Erbrecht, ZEV 2002, 137–140.
- Braun, Eberhard* (Hrsg.), Insolvenzordnung. Kommentar, 7. Aufl., München 2017, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Braun.
- Braun, Reiner*, Erben in Deutschland, Wirtschaftsdienst 2011, 724–726.
- Erben in Deutschland 2015 – 24: Volumen, Verteilung und Verwendung, abrufbar unter: http://www.dia-vorsorge.de/wp-content/uploads/2016/06/2015-09-09_Studie_Erben.pdf (abgerufen am 23.01.2017).
- Braun, Reiner/Pfeiffer, Ulrich/Thomschke, Lorenz*, Erben in Deutschland: Volumen, Verteilung und Verwendung in Deutschland bis 2020, Köln 2011.
- Brehm, Wolfgang*, Anmerkung zu BGH, UrT. v. 04.10.1977 – VI ZR 5/74, JZ 1978, 191–192.
- Brox, Hans* (Begr.)/*Walker, Wolf-Dietrich* (Fortf.), Erbrecht, 27. Aufl., München 2016, zitiert als: *Brox/Walker*, Erbrecht.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich* (Begr.)/*Walker, Wolf-Dietrich* (Fortf.), Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., Köln, München 2014, zitiert als: *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht.
- Busch, Klaus-Peter*, Schnittstellen zwischen Insolvenz- und Erbrecht, ZVI 2011, 77–85.
- Daniels, Karl*, Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, Bonn 1973.
- Daragan, Hanspeter*, Ehegattenschenkung und Pflichtteilsergänzung, ZErB 2008, 2–5.
- Daragan, Hanspeter/Halaczinsky, Raymond/Riedel, Christopher* (Hrsg.), Praxiskommentar Erbschaftsteuergesetz und Bewertungsgesetz, 2. Aufl., München 2012, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Daragan/Halaczinsky/Riedel*.
- Dauner-Lieb, Barbara*, Bedarf es einer Reform des Pflichtteilsrechts?, DNotZ 2001, 460–465.
- Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsentziehung auf dem Prüfstand. Bemerkungen anlässlich des Beschlusses des BVerfG vom 30.8.2000, FF 2001, 78–82.
- Dauner-Lieb, Barbara/Grziwotz, Herbert/Hohmann-Dennhardt, Christine* (Hrsg.), Pflichtteilsrecht. Handkommentar, Baden-Baden 2010, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt*.
- Deutsches Notarinstitut*, Abschluss eines Pflichtteilsverzichtsvertrages durch den Insolvenzschuldner; Anfechtbarkeit; Pflicht bzw. Obliegenheit, den Pflichtteilsanspruch geltend zu machen; Erbschaftsausschlagung durch den Insolvenzschuldner; Restschuldbefreiung, DNotI-Report 2003, 179–182.

- Dieckmann, Albrecht*, Zur Behandlung des »Neuerwerbs«, in: *Leipold, Dieter* (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch. Analysen und Alternativen, Köln, Berlin, Bonn, München 1991, S. 127–138, zitiert als: *Dieckmann*, Insolvenzrecht im Umbruch.
- Dietzel, Alexander*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 10.03.2011 – IX ZB 168/09, VIA 2011, 35.
- Döbereiner, Stephan*, Die Restschuldbefreiung nach der Insolvenzordnung, Bielefeld 1997, zugleich Diss. jur. Regensburg 1996/1997.
- Dutta, Anatol*, Grenzen der Vertragsfreiheit im Pflichtteilsrecht, AcP 209 [2009], 760–806.
- Eckardt, Diederich*, Anfechtung und Aussonderung. Zur Haftungsriorität des Insolvenzanfechtungsanspruchs im Verhältnis zu den Eigengläubigern des Anfechtungsgegners, KTS 2005, 15–51.
- Eckhardt, Alexander*, Die Restschuldbefreiung. Probleme der Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Restschuldbefreiung unter vergleichender Berücksichtigung des US-amerikanischen Rechtsverkehrs, abrufbar unter: http://kups.ub.uni-koeln.de/1733/1/Dissertation_Eckhardt.pdf (abgerufen am 23.01.2017), zugleich Diss. jur. Köln 2006.
- Eicher, Wolfgang* (Hrsg.), SGB II. Grundsicherung für Arbeitsuchende, 3. Aufl., München 2013, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Eicher.
- Emmert, Sandra/Ludwig, Eckehard*, Gezielte Bevorzugung einzelner Gläubiger durch freiwillige Leistungen des Schuldners aus unpfändbaren Mitteln – scheidet die Insolvenzanfechtung an der Gläubigerbenachteiligung?, ZInsO 2014, 2424–2427.
- Engelmann, Jacqueline Simone*, Letztwillige Verfügungen zugunsten Verschuldeter oder Sozialhilfebedürftiger, 2. Aufl., Köln 2001, zugleich Diss. jur. Köln 1997.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Edition 30, Stand: 01.09.2016, München 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK-GG.
- Erman, Walter* (Begr./) *Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg/Westermann, Harm Peter* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, 14. Aufl., Köln 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Erman.
- Firsching, Karl* (Begr./) *Graf, Hans Lothar* (Verf.), Nachlassrecht. Erbfolge, Testament, Erbvertrag, Pflichtteilsrecht, Rechtspflege in Nachlasssachen, Nachlassinsolvenz, Nachlassverfahren sowie Erbschaftsteuer, 10. Aufl., München 2014, zitiert als: *Firsching/Graf*. FK-InsO → *Wimmer*.
- Floeth, Michael*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, FamRZ 2011, 1399–1401.
- Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, FamRZ 2010, 460–463.
- Foerste, Ulrich*, Insolvenzrecht, 6. Aufl., München 2014.
- Frank, Rainer*, Der Verzicht auf erbrechtlichen Erwerb zum Nachteil der Gläubiger, in: *Stürner, Rolf* u. a. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, Tübingen 2009, S. 983–995, zitiert als: *Frank*, FS Leipold.
- Frege, Michael C./Keller, Ulrich/Riedel, Ernst*, Insolvenzrecht. Handbuch der Rechtspraxis, 8. Aufl., München 2015.
- Freudenberg, Nils*, Zwangsvollstreckung in Persönlichkeitsrechte, Baden-Baden 2006, zugleich Diss. jur. Dresden 2006.
- Fritsche, Stefan*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 10.03.2011 – IX ZB 168/09 und zu BGH, Beschl. v. 17.03.2011 – IX ZB 174/08, NJ 2011, 386–388.
- Gaier, Reinhard*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Erbrecht, ZEV 2006, 2–8.
- Ganter, Hans Gerhard*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 26.09.2013 – IX ZB 247/11, NZI 2013, 969–970.

- Ganter, Hans Gerhard*, Neues zum Merkmal der Gläubigerbenachteiligung bei der Insolvenzanfechtung, in: *Dahl, Michael/Jauch, Hans-Gerd H./Wolf, Christian* (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz. Festschrift für Klaus Hubert Görg zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 169–183, zitiert als: *Ganter*, FS Görg.
- Geitner, Daniel*, Der Erbe in der Insolvenz, Hamburg 2007, zugleich Diss. jur. Regensburg 2006.
- Gerhardt, Walter*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 06.05.1997 – IX ZR 147/96, EWiR 1997, 683–684.
- Anmerkung zu BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, EWiR 1993, 1141–1142.
 - Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, Göttingen 1969.
 - Zahlungseingänge auf ein debitorisches Konto in der Krise und während des Konkurs- bzw. Vergleichseröffnungsverfahrens, in: *Bettermann, Karl August* u. a. (Hrsg.), Festschrift für Albrecht Zeuner. Zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1994, S. 353–367, zitiert als: *Gerhardt*, FS Zeuner.
- Gerhardt, Walter/Kreft, Gerhart*, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung. InsO, KO, GesO, AnfG, 10. Aufl., Köln 2006, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Gerhardt/Kreft.
- Gernhuber, Joachim*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., Tübingen 1994.
- Goltzsche, Katja*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, DNotZ 2009, 865–868.
- Gottwald, Peter* (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl., München 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Gottwald, InsR-Hdb.
- Gottwald, Uwe*, Pflichtteilsrecht. Kommentierung der §§ 2303–2338 BGB mit Checklisten, Schriftsatz- und Klagemustern für die Rechtspraxis, Freiburg i. Br., Berlin 2000, zitiert als: *Gottwald*, Pflichtteilsrecht.
- Graf-Schlicker, Marie Luise* (Hrsg.), InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl., Köln 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Graf-Schlicker.
- Greve, Kai*, Zur Pfändung eines Pflichtteils nach § 852 ZPO, ZIP 1996, 699–701.
- Grube, Christian/Wahrendorf, Volker* (Hrsg.), SGB XII. Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsgesetz, 5. Aufl., München 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Grube/Wahrendorf.
- Haas, Ulrich/Vogel, Oliver*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, KTS 2011, 387–394.
- Der Zugriff der Gläubiger auf den Pflichtteilsanspruch, in: *Damrau, Jürgen/Muscheler, Karlheinz* (Hrsg.), Festschrift für Manfred Bengel und Wolfgang Reimann zum 70. Geburtstag, München 2012, S. 173–190, zitiert als: *Haas/Vogel*, FS Bengel/Reimann.
- Hahn, Carl* (Begr.)/*Mugdan, Benno* (Fortf.), Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 8: Materialien zum Gesetz betr. Änderungen der Zivilprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozeßordnung, Berlin 1898, zitiert als: *Hahn/Mugdan*.
- HambKomm-InsR → *Schmidt, Andreas*.
- Hannich, Caroline*, Die Pfändungsbeschränkung des § 852 ZPO. Zwangsvollstreckung in den Pflichtteilsanspruch, den Anspruch des Schenkers auf Herausgabe des Geschenks wegen Notbedarfs und den Anspruch eines Ehegatten auf Ausgleich des Zugewinns, Bielefeld 1998, zugleich Diss. jur. Bonn 1997.
- Harder, Manfred*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, WuB VI E. § 852 ZPO 1.94, 219–222.
- Hartmann, Christian*, Verfügungen von Todes wegen zugunsten verschuldeter und insolventer Personen, ZNotP 2005, 82–91.
- Häsemeyer, Ludwig*, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Köln, München 2007.

- Heinze, Harald*, Die verlängerte Nachtragsverteilung bei wirksamen Verfügungen des Schuldners, ZInsO 2012, 1606–1609.
- Hellwig, Konrad*, Erbschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung, in: Festschrift der Berliner juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum, Berlin 1911, S. 157–174, zitiert als: *Hellwig*, FS v. Martitz.
- Henckel, Wolfram*, Insolvenzanfechtung, in: *Leipold, Dieter* (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch. Analysen und Alternativen, Köln, Berlin, Bonn, München 1991, S. 239–254, zitiert als: *Henckel*, Insolvenzrecht im Umbruch.
- Herberger, Maximilian u. a.* (Hrsg.), juris PraxisKommentar BGB. Bde. 1, 3, 5, 6, 7. Aufl., Saarbrücken 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: jurisPK-BGB.
- (Hrsg.), juris PraxisKommentar BGB. Bde. 2, 4, 8. Aufl., Saarbrücken 2017, zitiert als: *Bearbeiter*, in: jurisPK-BGB.
- Herrler, Sebastian*, Vermögenssicherung bei erbrechtlichem Erwerb während des Insolvenzverfahrens und in der Wohlverhaltensperiode, NJW 2011, 2258–2261.
- Hess, Harald*, Insolvenzrecht. Großkommentar in drei Bänden, Heidelberg 2007.
- Hintzen, Udo*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, WuB VI D. § 852 ZPO 1.09, 571–573.
- Hirte, Heribert*, Insolvenzanfechtung im Konzern: upstream guarantees als anfechtbare Rechtshandlungen, ZInsO 2004, 1161–1168.
- Höhn, Wolfgang/Kaufmann, Christian*, Die Aufrechnung in der Insolvenz, JuS 2003, 751–755.
- Holzer, Johannes*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 23.10.2008 – IX ZR 202/07, EWiR 2009, 67–68.
- Huber, Michael/Böhle-Stamschräder, Aloys* (Begr.)/*Kilger, Joachim* (Fortf.), Anfechtungsgesetz (AnfG). Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens, 11. Aufl., München 2016, zitiert als: *Huber*.
- Huber, Michael*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 23.10.2008 – IX ZR 202/07, NZI 2009, 70–71.
- Ihrig, Thomas*, Erbrechtliche Gestaltungen mit nachteiligen Wirkungen für Dritte, insbesondere Sozialleistungsträger, NotBZ 2011, 345–351.
- Ivo, Malte*, Der Verzicht auf erb- und familienrechtliche Positionen im Insolvenzrecht, ZErB 2003, 250–258.
- Jaeger, Ernst* (Begr.)/*Henckel, Wolfram/Gerhardt, Walter* (Hrsg.), Insolvenzzordnung, Berlin 2004–2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Jaeger/Henckel, InsO.
- Jaeger, Ernst* (Begr.)/*Henckel, Wolfram* (Begr.), Konkursordnung. Großkommentar, 9. Aufl., Berlin 1997, zitiert als: *Jaeger/Henckel*, KO.
- Jahreis, Bernd*, Behandlung eines Pflichtteilsanspruchs im Verbraucherinsolvenzverfahren, jurisPR-FamR 14/2011 Anm. 2.
- Jauernig, Othmar/Berger, Christian*, Zwangsvollstreckung und Insolvenzrecht. Ein Studienbuch, 23. Aufl., München 2010.
- Jedzig, Joachim*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 06.05.1997 – IX ZR 147/96, WuB VI D. § 1 AnfG 1.97, 1007–1009.
- Jost, Fritz*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 05.04.2001 – IX ZR 441/99, JR 2002, 237–238. jurisPK-BGB → *Herberger u. a.*
- Kähler, Lorenz*, Verjährungshemmung nur bei Klage des Berechtigten?, NJW 2006, 1769–1774.
- Karsten, Susanne*, Die Erbrechtsreform in der Kautelarpraxis, RNotZ 2010, 357–377.
- Kaysner, Godehard*, Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung, ZIP 2015, 449–456.
- Keim, Christopher*, Die unergiebige Pfändung des Pflichtteilsanspruchs. Konsequenzen für die Testamentsgestaltung, ZEV 1998, 127–130.

- Keim, Christopher*, Neues Recht in niedriger Dosierung: Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts und seine Bedeutung für den Notar, *MittBayNot* 2010, 85–95.
- Wie kann die Verjährungsfrist von Pflichtteilsansprüchen verlängert werden?, *ZEV* 2004, 173–176.
- Keller, Ulrich*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 11.06.2015 – IX ZB 18/13, *EWiR* 2015, 647–648.
- Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.01.2012 – IX ZB 111/10, *NZI* 2012, 472–474.
- Kesseler, Christian*, Erwerb von Todes wegen im Restschuldbefreiungsverfahren nach der *InsO*, *RNotZ* 2003, 557–562.
- Kiesbye, Levke*, Zeitlicher Geltungsbereich der Obliegenheiten des Schuldners nach § 295 *InsO*. Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 18.12.2008 – IX ZB 249/07, *jurisPR-InsR* 8/2009 Anm. 1.
- Zeitpunkt der Pflicht des Insolvenzschuldners zur Herausgabe der Hälfte eines Vermächnisses an den Treuhänder. Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 10.03.2011 – IX ZB 168/09, *jurisPR-InsR* 12/2011 Anm. 1.
- Kießner, Ferdinand*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, *FD-InsR* 2011, 313567.
- Kindl, Johann/Meller-Hannich, Caroline/Wolf, Hans-Joachim* (Hrsg.), *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 3. Aufl., Baden-Baden 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Kindl/Meller-Hannich/Wolf*.
- Kirchhof, Hans-Peter* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Anfechtungsgesetz*, München 2012, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *MünchKomm-AnfG*.
- Kirchhof, Hans-Peter/Eidenmüller, Horst/Stürner, Rolf* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl., München 2013–2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *MünchKomm-InsO*.
- Kleinsang, Michael*, Familienerbrecht versus Testierfreiheit – Das Pflichtteilsentziehungsrecht auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts, *ZEV* 2005, 277–283.
- Klingelhöffer, Hans*, Testamentsvollstreckung und Pflichtteilsrecht – Anmerkungen zu § 2213 Abs. 1 Satz 3 *BGB*, *ZEV* 2000, 261–262.
- Klühs, Hannes*, Das sog. „Bedürftigentestament“ und seine Alternativen – Eine Bestandsaufnahme, *ZEV* 2011, 15–18.
- Klump, Hans-Hermann*, Der Pflichtteilsanspruch als Gegenstand des Rechtsverkehrs und als Vollstreckungsobjekt, *ZEV* 1998, 123–127.
- Knickrehm, Sabine/Kreikebohm, Ralf/Waltermann, Raimund* (Hrsg.), *Kommentar zum Sozialrecht*. VO (EG) Nr. 883/2004, SGB I bis SGB XII, SGG, BAföG, BEEG, Kindergeldrecht (EStG), UnterhaltsvorschussG, WoGG, 4. Aufl., München 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann*.
- Kohte, Wolfhard* u. a., *Verfahrenskostenstundung, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenzverfahren*. Kommentar, 7. Aufl., Neuwied 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Kohte* u. a. *Kölner Schrift* → *Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V.*
KPB → *Kübler/Prütting/Bork*.
- Krauß, Hans-Frieder*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, *NotBZ* 2011, 212–214.
- Der Zugriff zivil- und sozialrechtlicher Gläubiger auf erbrechtliche Präventivmaßnahmen, *ErbR* 2011, 162–166.
- Krefß, Gerhart*, Fragen aus Anlass des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 6. Oktober 2009 – IX ZR 191/05, in: *Berger, Christian/Kayser, Godehard/Pannen, Klaus* (Hrsg.), *Sanierung, Insolvenz, Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare*. Festschrift für Hans Gerhard Ganter zum 65. Geburtstag, München 2010, S. 247–256, zitiert als: *Krefß*, *FS Ganter*.

- (Hrsg.), *Insolvenzordnung. Heidelberger Kommentar*, 7. Aufl., Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Krefl.
- Zum Verhältnis von Judikative und Legislative am Beispiel des Insolvenzrechts, KTS 2004, 205–229.
- Kreilinger, Peter*, Anmerkung zu BFH, Urt. v. 19.07.2006 – II R 1/05, MittBayNot 2007, 348–350.
- Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns/Bork, Reinhard* (Hrsg.), *InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung*, Stand: 68. Lfg. 09/16, Köln 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: KPB.
- Kuchinke, Kurt*, Der Pflichtteilsanspruch als Gegenstand des Gläubigerzugriffs, NJW 1994, 1769–1772.
- Lackmann, Rolf*, *Zwangsvollstreckungsrecht. Mit Grundzügen des Insolvenzrechts*, 10. Aufl., München 2013.
- Lakkis, Panajotta*, Der Verjährungsverzicht heute, ZGS 2003, 423–427.
- Die Verjährungsvereinbarung nach neuem Recht, AcP 203 [2003], 763–785.
- Lange, Heinrich* (Begr./*Kuchinke, Kurt* (Bearb.)), *Erbrecht. Ein Lehrbuch*, 5. Aufl., München 2001, zitiert als: *Lange/Kuchinke*.
- Lange, Knut Werner*, *Erbrecht. Lehrbuch für Studium und Praxis*, München 2011, zitiert als: *Lange*.
- Kann die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs verlängert werden?, ZEV 2003, 433–436.
- Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsentziehung – zugleich Anmerkung zu BVerfG – 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03, ZErB 2005, 205–208.
- Latka, Cornelia*, Unterbrechung gem. § 240 ZPO bei Insolvenzeröffnung vor Klagezustellung?, ZInsO 2007, 134–136.
- Lehmann, Alexandra*, Erbrechtlicher Erwerb im Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren, Frankfurt am Main u. a. 2007, zugleich Diss. jur. Trier 2006.
- Leipold, Dieter*, *Erbrecht. Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen*, 21. Aufl., Tübingen 2016.
- Erbrechtlicher Erwerb und Zugewinnausgleich im Insolvenzverfahren und bei der Restschuldbefreiung, in: *Schilken, Eberhard/Becker-Eberhard, Ekkehard/Gerhardt, Walter* (Hrsg.), *Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 1997, S. 367–379, zitiert als: *Leipold*, FS Gaul.
- Leonhardt, Peter/Smid, Stefan/Zeuner, Mark* (Hrsg.), *Insolvenzordnung (InsO). Kommentar*, 3. Aufl., Stuttgart 2010, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Leonhardt/Smid/Zeuner.
- Limmer, Peter*, Testamentsgestaltung bei überschuldeten Erben im Hinblick auf die Auswirkungen des Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahrens, ZEV 2004, 133–141.
- Lissner, Stefan*, Die Anforderungen an die Bestimmtheit einer (vorbehaltenen) Nachtragsverteilung für Steuererstattungsansprüche, BB 2013, 1495–1497.
- Litzenburger, Wolfgang*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 20.12.2010 – IX ZB 184/09, FD-ErbR 2011, 313626.
- Das Bedürftigentestament – Erbfolgegestaltung zu Gunsten von Langzeitarbeitslosen (Hartz-IV-Empfängern), ZEV 2009, 278–281.
- Löhnig, Martin*, Die Verjährung der im fünften Buch des BGB geregelten Ansprüche, ZEV 2004, 267–273.
- van de Loo, Oswald*, Möglichkeiten und Grenzen eines Übergangs des Rechts zur Erbauschlagung durch Abtretung bzw. Überleitung, ZEV 2006, 473–479.
- von Lübtow, Ulrich*, *Probleme des Erbrechts*, Berlin 1967.

- Lüke, Wolfgang*, Der Pflichtteilsanspruch in der Insolvenz, in: *Bengel, Manfred* u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rainer Kanzleiter. Zum 70. Geburtstag am 17. Juni 2010, Köln 2010, S. 271–286, zitiert als: *Lüke*, FS Kanzleiter.
- MAH Erbrecht → *Scherer*.
- Mauer, Dietrich*, Der Anfechtungsprozeß. Gläubigeranfechtung und Konkursanfechtung nach altem und neuem Insolvenzrecht, Düsseldorf 2000.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr./*Herzog, Roman* u. a. (Hrsg.)), Grundgesetz. Kommentar, 75. Erglfg. Juli 2016, München, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig.
- Mayer, Jörg*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 19.04.2005 – 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03, FamRZ 2005, 1441–1444.
- Testamentsgestaltung bei überschuldeten Erben (Teil I), MittBayNot 2011, 445–453.
 - Unliebsame Folgen des Pflichtteilsverzichts, ZEV 2007, 556–560.
- Mayer, Jörg u. a.* (Hrsg.), Handbuch Pflichtteilsrecht, 3. Aufl., Bonn 2013, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Mayer u. a.
- Meincke, Jens Peter*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz. Kommentar, 16. Aufl., München 2012.
- Zum Geltendmachen des Pflichtteils, ZErB 2004, 1–3.
- Meller-Hannich, Caroline*, Verfügbarkeit von Forderungen und Gläubigerzugriff, KTS 2000, 37–56.
- Menzel, Ralf*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, MittBayNot 2010, 54–56.
- Der überschuldete Vermächtnisnehmer, MittBayNot 2011, 374–376.
 - Entschließungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen. Eine Untersuchung über die Grenzen der Privatautonomie des Erben, des Vermächtnisnehmers und des Pflichtteilsberechtigten, Baden-Baden 2008, zugleich Diss. jur. Augsburg 2007.
- Messner, Michael*, Anmerkung zu BFH, Urt. v. 19.07.2006 – II R 1/05, ZEV 2006, 515–516.
- Messner, Olaf*, Dissonanzen zwischen Insolvenz- und Erbrecht, ZVI 2004, 433–441.
- Privatinvolvanz und Erwerb von Todes wegen – einige ausgesuchte Problemlagen –, in: *Weber, Norbert/Schmidt, Jens M.* (Hrsg.), Festschrift für Hans Peter Runkel, Köln 2009, S. 431–448, zitiert als: *Messner*, FS Runkel.
- Michalski, Lutz*, BGB – Erbrecht, 4. Aufl., Heidelberg u. a. 2010.
- Mitglieder des Bundesgerichtshofs* (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch. Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, 12. Aufl., Berlin, New York 1974–2000, zitiert als: *Bearbeiter*, in: RGRK.
- Mugdan, Benno* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V: Erbrecht, Berlin 1899.
- Müller-Allgeier, Sylvia*, Das Zusammenwirken von Unterhaltsrecht und Sozialrecht bei der Existenzsicherung des minderjährigen Kindes, Hamburg 2013, zugleich Diss. jur. Freiburg i. Br. 2013.
- MünchKomm-AnfG → *Kirchhof*.
- MünchKomm-BGB → *Säcker u. a.*
- MünchKomm-InsO → *Kirchhof/Eidenmüller/Stürner*.
- MünchKomm-ZPO → *Rauscher/Wax/Wenzel*.
- Muscheler, Karlheinz*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 08.12.2004 – IV ZR 223/03, ZEV 2005, 119–120.
- Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, Tübingen 1994, zitiert als: *Muscheler*, Haftungsordnung.
 - Erbrecht, 2 Bde., Tübingen 2010, zitiert als: *Muscheler*, Erbrecht.
 - Kindespflichtteil und Erbschaftsteuer beim Berliner Testament, ZEV 2001, 377–384.

- Universalsukzession und Vonselbsterwerb, Tübingen 2002, zitiert als: *Muscheler*, Universalsukzession.
- Musielak, Hans-Joachim*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, ZEV 2009, 249–250.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang* (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz, 13. Aufl., München 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Musielak/Voit.
- Naraschewski, Alexander*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 11.12.2008 – IX ZB 232/08, EWIR 2009, 727–728.
- Nerlich, Jörg/Niehus, Christoph*, Anfechtungsgesetz (AnfG). Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens, München 2000, zitiert als: *Nerlich/Niehus*.
- Nerlich, Jörg/Römermann, Volker* (Hrsg.), Insolvenzordnung. Kommentar, 30. Erglfg. Juli 2016, München, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Nerlich/Römermann.
- Onusseit, Dietmar*, Die Rechtshandlung im Gläubigeranfechtungsrecht, ZInsO 2010, 2022–2026.
- Otte, Gerhard*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 19.04.2005 – 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03, JZ 2005, 1007–1010.
- Um die Zukunft des Pflichtteilsrechts, ZEV 1994, 193–197.
- Palandt, Otto* (Begr./*Bassenge, Peter* u. a. (Bearb.)), Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl., München 2017, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Palandt.
- Pape, Gerhard*, Entwicklung des Verbraucherinsolvenzverfahrens im Jahre 2010, NJW 2011, 3405–3413.
- Petri, Klaus*, Die Pflicht zum Pflichtteil, ZRP 1993, 205–206.
- von Proff, Maximilian*, Erbrechtsgestaltung nach der jüngsten BGH-Rechtsprechung zum Behindertentestament, RNotZ 2012, 272–281.
- Pflichtteilerlass und Pflichtteilsverzicht von Sozialleistungsempfängern, ZErB 2010, 206–210.
- Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus* (Hrsg.), ZPO. Kommentar, 8. Aufl., Köln 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Prütting/Gehrlein.
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 11. Aufl., Köln 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Prütting/Wegen/Weinreich.
- Rabe, Dieter*, Verjährungshemmung nur bei Klage des Berechtigten?, NJW 2006, 3089–3091.
- Rauscher, Thomas/Wax, Peter/Wenzel, Joachim* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 5. Aufl., München 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MünchKomm-ZPO.
- Reimann, Wolfgang*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 10.01.2013 – IX ZB 163/11, FamRZ 2013, 451–452.
- RGRK → *Mitglieder des Bundesgerichtshofs*.
- Rosenberg, Leo* (Begr./*Schwab, Karl Heinz* (Fortf.)/*Gottwald, Peter* (Bearb.)), Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010, zitiert als: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*.
- Ruby, Gerhard*, Anmerkung zu KG, Urt. v. 05.06.2008 – 8 U 213/07, ZEV 2008, 483–484.
- Säcker, Franz Jürgen u. a.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., München 2015–2017, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MünchKomm-BGB.
- Saenger, Ingo* (Hrsg.), Zivilprozessordnung. Handkommentar, 7. Aufl., Baden-Baden 2017, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Saenger.
- Scherer, Stephan* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 4. Aufl., München 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MAH Erbrecht.
- Schiemann, Gottfried*, Die Renaissance des Erbrechts, ZEV 1995, 197–201.

- Schlichting, Gerhard*, Schuldrechtsmodernisierung im Erbrecht, ZEV 2002, 478–481.
- Schlitt, Gerhard/Müller, Gabriele* (Hrsg.), Handbuch Pflichtteilsrecht, München 2010, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schlitt/Müller.
- Schmerbach, Ulrich*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.06.2009 – IX ZB 196/08, NZI 2009, 552.
- Schmidt, Andreas* (Hrsg.), Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht. InsO – EuInsVO – Art. 102 EGIInsO – InsVV – VbrInsFV – InsOBekV – Insolvenzstrafrecht, 5. Aufl., Köln 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: HambKomm-InsR.
- Privatin insolvenz. Leitfaden für den Weg zur Restschuldbefreiung, 4. Aufl., München 2014.
- Schmidt, Karsten*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 06.05.1997 – IX ZR 147/96, JuS 1998, 84–85.
- (Hrsg.), Insolvenzordnung. InsO mit EuInsVO, 19. Aufl., München 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: K. Schmidt, InsO.
 - Insolvenzrecht: Befriedigung einzelner Insolvenzgläubiger aus dem insolvenzfreien Vermögen. Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14.01.2010 – IX ZR 93/09, JuS 2010, 452–453.
 - Klage und Rechtshängigkeit bei Konkurseröffnung vor Klagezustellung, NJW 1995, 911–916.
- Shubert, Werner* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Anlagen: Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (Kommission-Entwurf von 1885–1887 und Erster BGB-Entwurf von 1887), Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch von 1888, Berlin, New York 1986, zitiert als: *Shubert, Anlagen*.
- Die Pfändbarkeit eines Pflichtteilsanspruchs, JR 1994, 419–420.
 - (Hrsg.)/von *Schmitt, Gottfried* (Verf.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht – Teil I: Testament, Erbeinsetzungsvertrag, Gesetzeserben, Pflichtteilsberechtigte, Berlin, New York 1984, zitiert als: *Shubert, Erbrecht – Teil I*.
- Schulze, Reiner u. a.* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 9. Aufl., Baden-Baden 2017, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schulze u. a.
- Schumacher-Hey, Ursula*, Anfechtung nach Anfechtungsgesetz und Insolvenzverordnung in Auswirkung auf die notarielle Praxis, RNotZ 2004, 544–563.
- Schumann, Ekkehard*, Die Relativität des Begriffes der Rechtshängigkeit, in: *Prütting, Hanns/Rüssmann, Helmut* (Hrsg.), Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Gerhard Lücke zum 70. Geburtstag, München 1997, S. 767–791, zitiert als: *Schumann, FS Lücke*.
- Schuschke, Winfried/Walker, Wolf-Dietrich* (Hrsg.), Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar, 6. Aufl., Köln 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schuschke/Walker.
- Seer, Roman/Krumm, Marcel*, Der Pflichtteilsanspruch im System der erbschaftsteuerlichen Vermögensanfallbesteuerung, ZEV 2010, 57–63.
- Siegmann, Matthias*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.05.2006 – IX ZR 42/05, ZEV 2006, 408–409.
- Skauradszun, Dominik*, Das Urheberrecht in der Zwangsvollstreckung, Baden-Baden 2009, zugleich Diss. jur. Tübingen 2009.
- Soergel, Hans Theodor* (Begr.)/*Siebert, Wolfgang* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch. Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl., Stuttgart 1999–2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Soergel.
- von Staudinger, Julius* (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Stand: Neubearb. 2017, Berlin, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Staudinger.

- Stein, Friedrich/Jonas, Martin* (Begr.), Kommentar zur Zivilprozessordnung. Bd. 8 (§§ 828–915), 22. Aufl., Tübingen 2002–2011, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Stein/Jonas.
- (Begr.)/Bork, Reinhard/Roth, Herbert (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung. Bd. 3 (§§ 148–270), 23. Aufl., Tübingen 2014–2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Stein/Jonas.
- Sticherling, Philipp*, Zum Begriff des Berliner Testaments, JuS 2002, 1248.
- Stöber, Kurt*, Forderungspfändung. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte, 16. Aufl., Bielefeld 2013.
- Storz, Thomas*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, EWiR 2011, 157–158.
- Stüber, Stefan*, BVerfG zum Pflichtteilsrecht: Kein Beitrag zu mehr Klarheit!, NJW 2005, 2122–2124.
- Tamblé, Hans Georg*, Privilegien im Aufrechnungs- und Pfändungsrecht insbesondere in ihrer Kollision, Köln 1966, zugleich Diss. jur. Köln 1966.
- Tetzlaff, Christian*, Nachtragsverteilung eines zu verteilenden Erstattungsbeitrages. Zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.01.2012 – IX ZB 111/10, jurisPR-InsR 7/2012 Anm. 1.
- Thora, Cornelius Maria*, Die Obliegenheit der Erbschaftsannahme in der Wohlverhaltensperiode, ZInsO 2002, 176–179.
- Toussaint, Guido*, Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs. Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 26.02.2009 – VII ZB 30/08, jurisPR-BGHZivilR 8/2009 Anm. 2.
- Troll, Max* (Begr.)/Gebel, Dieter/Jülicher, Marc/Gottschalk, Paul Richard (Hrsg.), Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz. Kommentar, 50. Erglfg. April 2016, München, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Troll/Gebel/Jülicher.
- Uhlenbruck, Wilhelm*, Rechtsfolgen der Beendigung des Konkursverfahrens, ZIP 1993, 241–247.
- Uhlenbruck, Wilhelm/Hirte, Heribert/Vallender, Heinz* (Hrsg.), Insolvenzordnung. Kommentar, 14. Aufl., München 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Uhlenbruck.
- Vallender, Heinz*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 02.12.2010 – IX ZB 184/09, WuB VI A. § 203 InsO 1.11, 223–224.
- Völzmann-Stickelbrock*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 23.10.2008 – IX ZR 202/07, KTS 2009, 392–397.
- Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, Edition 23, Stand: 01.12.2016, München 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK-ZPO.
- Wälzholz, Eckhard*, Die (zeitliche) Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen – Zivil- und steuerrechtliche Überlegungen aus Anlass aktueller Rechtsprechung, ZEV 2007, 162–166.
- Testamentsgestaltung zugunsten überschuldeter Erben, FamRB 2006, 252–257.
- Wax, Peter*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 08.07.1993 – IX ZR 116/92, LM § 852 ZPO Nr. 1 (11/1993), 2067–2068.
- Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A.* (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 4. Aufl., Berlin, New York 2013–2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Wieczorek/Schütze.
- Wimmer, Klaus* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung. Mit EuInsVO, InsVV und weiteren Nebengesetzen, 8. Aufl., Köln 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: FK-InsO.
- Windel, Peter A.*, Die Verteilung der Befugnisse zur Entscheidung über Vermögenserwerb zwischen (Gemein-)Schuldner und Konkurs-(Insolvenz-)Verwalter bzw. Vollstreckungsgläubiger nach geltendem und künftigem Haftungsrecht, KTS 1995, 367–409.
- Wollmann, Christian*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 10.01.2013 – IX ZB 163/11, ZEV 2013, 271–272.
- Zenker, Wolfgang*, Bedingt pfändbare Bezüge in der Insolvenz. Anmerkung zu BGH, Urt. v. 03.12.2009 – IX ZR 189/08, NJ 2010, 213–214.

- Zeranski, Dirk, Die „vertragliche Anerkennung“ im Sinne des § 852 ZPO, NotBZ 2001, 19–22.
- Zeuner, Mark, Die Anfechtung in der Insolvenz. Ein Handbuch – unter Einbezug des AnFG 1999, 2. Aufl., München 2007.
- Zipperer, Helmut, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.01.2012 – IX ZB 111/10, EWiR 2012, 183–184.
- Zöller, Richard (Begr.), Zivilprozessordnung. Kommentar. Mit FamFG (§§ 1–185, 200–270, 433–484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen, 31. Aufl., Köln 2016, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Zöller.

Stichwortverzeichnis

- Abtretungsfrist 175, 209, 213, 220 f., 235
ALG II *siehe* Arbeitslosengeld II
Alternativer Ansatz:
 Gläubigerbenachteiligung durch
 Weggabe unpfändbarer Gegenstände
 134–145, 148, 151, 253 f.
Anerkennung durch Vertrag 87 f.,
 96–113, 179 f.
– Form 104
– Gleichstellung von Verfügungen
 107–113
– Inhalt 100–102
– Parteien 102 f.
– Rechtsnatur 98–100
– Wirksamkeit 104 f.
– Zeitpunkt 105 f.
Anfechtung *siehe*
 Einzelgläubigeranfechtung *oder*
 Insolvenzanfechtung
Anwendungsbereich des § 852
 Abs. 1 ZPO 62–65
Arbeitslosengeld II 47 f., 54
Aufhebung des Insolvenzverfahrens 209,
 235
Aufhebungsvertrag 118
Aufrechnung
– Außerhalb der Insolvenz 156–160
– In der Insolvenz 274–281
Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch
 24, 27, 51, 86, 90, 95, 114, 199
Auskunftspflicht 232

Beendigung des Insolvenzverfahrens
 208, 234
Berliner Testament 38, 42–44
Bezifferung 113 f.
Biersteuer 128

Dispositionskredit 137 f.

Durch Vertrag anerkannt *siehe*
 Anerkennung durch Vertrag

Effektiverfüllung 157
Einstellung des Insolvenzverfahrens 209,
 234
Einzelgläubigeranfechtung
– Gläubigerbenachteiligende
 Rechtshandlungen 145–151
– Gläubigerbenachteiligung 122–145
– Rechtsfolgen 151–154
– Reichweite und Gegenstand 126–129
Endgültigkeit der Geltendmachung
 118–120
Entscheidungsfreiheit 40–55
Entstehungsgeschichte des § 852
 Abs. 1 ZPO 58–61
Erbschaftsteuer *siehe* Steuerliche Fragen
ErbStG *siehe* Steuerliche Fragen
Erfinderrecht 135
Erfüllungsverbot 158 f., 274, 277

Familiensolidarität 32, 34 f.
Freigabe 178, 233, 267

Gegenstand der Anfechtung 127–129,
 250 f.
Geltendmachungsobliegenheit *siehe*
 Obliegenheiten
Gesamtvollstreckungsordnung 164
Geschmacksmuster 135
GesO *siehe*
 Gesamtvollstreckungsordnung
Gewillkürte Prozesstandschaft *siehe*
 Prozesstandschaft
Gläubigerbenachteiligende
 Rechtshandlungen 145–151, 248–259
Gläubigerbenachteiligung 122–145,
 249–254

- Grundsatz der Entscheidungsfreiheit
siehe Entscheidungsfreiheit
- Hemmung der Verjährung *siehe*
Verjährungshemmung
- Herausgabeobliegenheit *siehe*
Obliegenheiten
- Hinweis auf Einschränkung der
Verwertbarkeit 75 f.
- Hypothetischer Kausalverlauf 124 f., 250
- Inhibitorium 86, 87–90, 115, 172, 201
- Insolvenzanfechtung
 - Gläubigerbenachteiligende
Rechtshandlungen des
Insolvenzschuldners 254, 256
 - Gläubigerbenachteiligende
Rechtshandlungen Dritter 256–259
 - Gläubigerbenachteiligung 249–254
 - Nach Beendigung des
Insolvenzverfahrens 266–272
 - Rechtsfolgen 262–266
 - Reichweite und Gegenstand 250 f.
 - Zeitliche Voraussetzungen 259–262
- Insolvenzbefangenheit 161–175
- Insolvenzbefangenheit als Voraussetzung
der Anfechtung 251–253
- Insolvenzbeschlag *siehe*
Insolvenzbefangenheit
- Klagerücknahme 118
- KO *siehe* Konkursordnung
- Konkursordnung 60, 162–164
- Kontouberziehung 137 f.
- Massekostendeckungsprüfung 244–246
- Motive für die Nichtgeltendmachung
41 f.
- Nachtragsverteilung
 - Anordnung 236–238
 - Durchführung 238 f.
 - Verlängerte 241–244, 270 f.
 - Vorbehalt 240 f.
- Negative Feststellungsklage 95
- Nichtgeltendmachung 149–151, 199 f.
- Obliegenheiten zur
 - Geltendmachung 42–50, 206–210
 - Herausgabe 211–229
- Nichtgeltendmachung 42–44
- Patent 135
- Pfändbarkeit als Voraussetzung der
Anfechtung 130–134
- Pfandrecht 85 f., 257, 264 f.
- Pfändungsbeschluss 73–76
- Pflichtteilsanspruch
 - Durchsetzung 24–26
 - Entstehung 23 f.
 - Fälligkeit 23 f.
 - Höhe
 - Ordentlicher Pflichtteilsanspruch
15–18
 - Pflichtteilsergänzungsanspruch
18–20
 - Pflichtteilsberechtigung 10 f.
 - Rechtsnatur 21–23
 - Rechtspolitische Rechtfertigung
35–37
 - Rechtstatsächliche Relevanz 37–39
 - Stundung 25
 - Übertragbarkeit 27–29
 - Vererblichkeit 26 f.
 - Verfassungsrechtliche Dimension
30–35
 - Verjährung 25
- Pflichtteilsstrafklausel 42–44
- Pflichtteilsvermächtnis 227
- Pflichtteilsverzicht 10, 11, 23, 200, 220
- PKH *siehe* Prozesskostenhilfe
- Potenzielle Insolvenzmasse 135, 139
- Prioritätsprinzip 66 f., 152
- Prozesskostenhilfe 49 f.
- Prozessstandschaft 95 f., 187–189, 196
- Rangwahrung 67, 70, 86, 152, 160, 170
- Rechtsfolgen der
 - Einzelgläubigeranfechtung *siehe*
Einzelgläubigeranfechtung
 - Insolvenzanfechtung *siehe*
Insolvenzanfechtung
- Rechtshandlungen Dritter 256–259
- Rechtshängigkeit 87 f., 93–96, 181–197
- Rechtshängig geworden *siehe*
Rechtshängigkeit
- Rechtsschutzgewährungspflicht 78–83
- Rechtswirkungen der
 - Pfändung 85–90

- Überweisung 90 f.
- Reichsjustizgesetze 162 f.
- Reichweite der Anfechtung 126 f., 250 f.
- Restschuldbefreiungsverfahren 206–220
- Rückabtretung 118
- Rücknahme der Klage *siehe*
 - Klagerücknahme
- Rückschlagsperre 173 f., 258

- Sozialhilfe 48–54
- Steuerliche Fragen 40, 64, 101, *III f.*, 114, 117, 218

- Teilverzicht 101 f., 149, 203
- Teilweise Geltendmachung 114–117
- Testamentsvollstreckung 167 f.

- Überleitung und Übergang auf
 - Sozialleistungsträger 50–54
- Überweisungsbeschluss 76–84
- Unterhaltsrecht 44–46
 - Unterhaltsberechtigter
 - Pflichtteilsanspruchsinhaber 44 f.
 - Unterhaltspflichteter
 - Pflichtteilsanspruchsinhaber 45 f.
- Urheber(persönlichkeits)recht 135, 290

- Vereinzelnde Betrachtung 127, 129, 251
- Verfahrenskostenstundung 49, 206, 244
- Verfügung *siehe* Anerkennung durch
 - Vertrag – Gleichstellung von Verfügungen
- Vergleich 90, 101 f., 204

- Verhaltener Anspruch 159, 277, 280, 286, 293
- Verjährungseinrede 222–224
- Verjährungshemmung 184–186
- Verjährungsverlängerung 224–229
- Verjährungsverzicht 222–224
- Verlängerte Nachtragsverteilung *siehe*
 - Nachtragsverteilung – Verlängerte Vermächtnis
- Auf Abschluss einer Verjährungsverlängerungsvereinbarung 227 f.
- Pflichtteilsvermächtnis 227
- Verstrickung 257, 265
- Verwertbarkeit als Voraussetzung der Anfechtung 131 f., 249–251
- Verwertung durch den
 - Insolvenzverwalter 231–244
- Verwertungsverbot 76–78
- Verwirkungsklausel *siehe*
 - Pflichtteilsstrafklausel
- Verzicht 89, 100–102, 145–149, 200–203, 255
- Vorbehalt der Nachtragsverteilung *siehe*
 - Nachtragsverteilung – Vorbehalt

- Wohlverhaltensperiode 221

- Zeitpunkt der Gläubigerbenachteiligung 122 f., 131, 248, 252
- Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse *siehe*
 - Insolvenzbefangenheit
- Zweck des § 852 Abs. 1 ZPO 61 f.