

Bd. 2: §§ 80-216

4. Auflage 2019
ISBN 978-3-406-71692-8
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

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

cher anders als ein Überweisungsauftrag von der Verfahrenseröffnung unberührt.¹⁹⁵ Das ändert jedoch nichts daran, dass das Vertragsverhältnis mit der Bank auf Grund der Verfahrenseröffnung erlischt (§§ 116, 115 Abs. 1). Die Bank erwirbt einen **Aufwendungsersatzanspruch gegen den Scheckaussteller** nur unter den Voraussetzungen des § 115 Abs. 2 und 3, also insbesondere bei nicht verschuldeten Unkenntnis von der Verfahrenseröffnung.¹⁹⁶ Bei einem Guthabenkonto des Scheckausstellers wird sie von ihrer Schuld diesem gegenüber gem. § 82 frei, wenn sie den Scheck in Unkenntnis der Verfahrenseröffnung einlöst.¹⁹⁷ Für die Anwendung des Art. 40 Abs. 3 WG ist dagegen kein Raum.¹⁹⁸

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist die **bezogene Bank** dem Scheckaussteller gegenüber 31 nicht mehr zur Einlösung des Schecks verpflichtet, weil der Scheckvertrag, aus dem ihre Verpflichtung resultiert, erloschen ist (§§ 116, 115 Abs. 1).¹⁹⁹ Gegenüber dem Schecknehmer ist die Bank zur Zahlung nur bei Begebung eines **kartengarantierten Schecks** auf Grund des zusammen mit der Begebung vom Scheckaussteller namens der Bank abgeschlossenen Garantievertrags verpflichtet. Die Verwendung kartengarantiertes eurocheques wurde zum 31.12.2001 eingestellt. Die hieraus resultierende Zahlungspflicht der Bank gegenüber dem Schecknehmer bleibt von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Scheckausstellers unberührt.²⁰⁰ Dies gilt, wenn Ausstellung und Begebung sowie Begründung der Garantie vor Insolvenzeröffnung erfolgt sind, unabhängig davon, ob die Bank im Zeitpunkt der Einlösung des Schecks Kenntnis von der Insolvenzeröffnung hatte.²⁰¹ Gleiches gilt auch dann, wenn Ausstellung und Begebung mit Abschluss des Garantievertrags **nach Insolvenzeröffnung** erfolgt ist, sofern der Scheckaussteller die Bank in diesem Zeitpunkt noch wirksam bei Abschluss des Garantievertrags vertreten hat.²⁰² Zwar erlischt die dem Bankkunden zum Abschluss von Garantieverträgen erteilte Vertretungsmacht mit dem Erlöschen des Scheckvertrags.²⁰³ Zugunsten des Schecknehmers greift aber die **Rechtsscheinhaftung** der Bank gem. § 172 BGB ein, solange sie die Scheckkarte von ihrem Kunden nicht zurückgehalten hat.²⁰⁴ Aus ihrer Haftung gegenüber dem Schecknehmer aus Garantievertrag ergibt sich aber **kein Aufwendungsersatzanspruch** der Bank gegen den Scheckaussteller, da ihr diesbezügliches Vertragsverhältnis erloschen ist; das gilt hier selbst dann, wenn dieses ausnahmsweise gem. § 115 Abs. 2 bzw. Abs. 3 als fortbestehend gilt.²⁰⁵ Der Schutzzweck dieser Vorschriften bezieht sich nicht auf Risiken des Garantievertrags, der lediglich das Verhältnis der Bank zum Scheckinhaber betrifft. Demzufolge richten sie die Ansprüche der Bank aus Einlösung eines Schecks nach den allgemein für den Scheckverkehr in der Insolvenz geltenden Grundsätzen ohne Berücksichtigung eines Kartengarantievertrags.²⁰⁶

b) Insolvenz des Schecknehmers. In der Insolvenz des Scheckinhabers gehört der Scheck 32 zur Insolvenzmasse. Wurde der Scheck nach der Eröffnung des Verfahrens für eine zuvor entstandene Kausforderung gegen den Drittshuldner von diesem begeben, so gehört der Scheck zur Insolvenzmasse, sofern der Drittshuldner gutgläubig iSd § 82 war.²⁰⁷ Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Scheckinhabers darf nur noch der Insolvenzverwalter den Scheck zum Einzug geben.²⁰⁸ Wegen Erlöschen des Vertragsverhältnisses gem. §§ 116, 115 Abs. 1 ist die Bank zum **Inkasso** nicht verpflichtet.

5. Anweisung nach BGB. Für die Anweisung iSd §§ 783 ff. BGB gelten die zum Wechsel- und Scheckverkehr gemachten Aussagen entsprechend (→ Rn. 26).²⁰⁹ Nimmt der Angewiesene die Anweisung vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an, wird er durch Zahlung frei.²¹⁰ Erfolgt die Zahlung nach der Verfahrenseröffnung in Unkenntnis gilt dasselbe.

¹⁹⁵ Baumbach/Hefermehl/Casper Art. 3 SchG Rn. 13; Jaeger/Windel § 82 Rn. 35; Uhlenbrück/Mock § 82 Rn. 67; Obermüller, Bankpraxis, Rn. 3.206; KPB/Lüke § 82 Rn. 34; LSZ/Smid § 82 Rn. 15; Nerlich/Römermann/Wittkowski/Kruth § 82 Rn. 13; aa Canaris, Bankvertragsrecht, Rn. 818.

¹⁹⁶ KPB/Lüke § 82 Rn. 34; Obermüller, Bankpraxis, Rn. 3.215; Jaeger/Windel § 82 Rn. 35.

¹⁹⁷ KPB/Lüke § 82 Rn. 34; Obermüller, Bankpraxis, Rn. 3.212; Jaeger/Windel § 82 Rn. 35; Peschke, Die Insolvenz des Girokontoinhabers, S. 139; Canaris, Bankvertragsrecht, Rn. 818; Uhlenbrück/Mock § 82 Rn. 68.

¹⁹⁸ Hierzu Peschke, Die Insolvenz des Girokontoinhabers, S. 140.

¹⁹⁹ Obermüller, Bankpraxis, Rn. 3.206.

²⁰⁰ KPB/Lüke § 82 Rn. 34.

²⁰¹ Obermüller, Bankpraxis, Rn. 3.221.

²⁰² Obermüller, Bankpraxis, Rn. 3.226.

²⁰³ Baumbach/Hefermehl²² Art. 3 SchG Rn. 10; KPB/Lüke § 82 Rn. 34; Obermüller, Bankpraxis, Rn. 3.227.

²⁰⁴ Baumbach/Hefermehl²² Art. 3 SchG Rn. 10; Obermüller, Bankpraxis Rn. 3.

²⁰⁵ KPB/Lüke § 82 Rn. 34; aA Obermüller, Bankpraxis, Rn. 3.224; Canaris, Bankvertragsrecht, Rn. 851.

²⁰⁶ Canaris, Bankvertragsrecht, Rn. 851; LSZ/Smid § 82 Rn. 10.

²⁰⁷ Canaris, Bankvertragsrecht, Rn. 821; KPB/Lüke § 82 Rn. 31; Uhlenbrück/Mock § 82 Rn. 73.

²⁰⁸ Obermüller, Bankpraxis, Rn. 3.302; Uhlenbrück/Mock § 82 Rn. 73.

²⁰⁹ Aufz. zur Rechtslage bei der Anweisung FKInsO/App⁷ § 82 Rn. 6 f.

²¹⁰ BGH WM 1974, 570, 571; Jaeger/Windel § 82 Rn. 18; Kilger/K. Schmidt KO § 8 Rn. 2; KPB/Lüke § 82 Rn. 36; LSZ/Smid § 82 Rn. 7; Uhlenbrück/Mock § 82 Rn. 36.

§ 83 Erbschaft. Fortgesetzte Gütergemeinschaft

(1) ¹Ist dem Schuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Erbschaft oder ein Vermächtnis angefallen oder geschieht dies während des Verfahrens, so steht die Annahme oder Ausschlagung nur dem Schuldner zu. ²Gleches gilt von der Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

(2) Ist der Schuldner Vorerbe, so darf der Insolvenzverwalter über die Gegenstände der Erbschaft nicht verfügen, wenn die Verfügung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nach § 2115 des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem Nacherben gegenüber unwirksam ist.

Schrifttum: *Bartels*, Der erbrechtliche Erwerb des Insolvenzschuldners – Erbschafts- und Vermächtnisausschlagung sowie die Vernachlässigung von Vermächtnis- und Pflichtteilsansprüchen im Vorfeld und während des Insolvenzverfahrens sowie in der Wohlverhaltensperiode nach §§ 286 ff. InsO, KTS 2003, 41–67; *Bisle*, Testamentsgestaltung bei überschuldeten Erben, DStR 2011, 526–530, 1432–1434; *Busch*, Im Dschungel der Nachlassinsolvenz – Kosten und Nutzen für den Erben (2. Teil), ErbR 2012, 358–366; *Busch*, Schnittstellen zwischen Insolvenz- und Erbrecht, ZVI 2011, 77–85; *Christandl*, Erbausschlagung und Gläubigerschutz – eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Normzweck des § 83 Abs. 1 InsO, ZEuP 2011, 779–804; *Frank*, Der Verzicht auf erbrechtlichen Erwerb zum Nachteil der Gläubiger, FS Dieter Leipold, 2009, 983–995; *Geitner*, Der Erbe in der Insolvenz, 2007; *Haas/Vogel*, Der Zugriff der Gläubiger auf den Pflichtteilsanspruch, FS Manfred Bengel und Wolfgang Reimann, 2012, 173–190; *Hartmann*, Verfügungen von Todes wegen zugunsten verschuldeten und insolventer Personen, ZNotP 2005, 82–91; *Herrler*, Vermögenssicherung bei erbrechtlichem Erwerb während des Insolvenzverfahrens und in der Wohlverhaltensperiode, NJW 2011, 2258–2261; *Horn/Selker*, Die Insolvenz des Pflichtteilsberechtigten, ZEV 2017, 439–444; *Hultsch*, Die Anfechtung der Erbschaftsausschlagung im deutschen, US-amerikanischen und dänischen Insolvenzverfahren, Ein Beitrag zu § 83 I InsO aus rechtsvergleichender und effizienztheoretischer Sicht, 2006; *Ivo*, Der Verzicht auf erb- und familienrechtliche Positionen im Insolvenzrecht, ZErb 2003, 250–258; *Kiesgen*, Erbrechtliche Positionen in der Insolvenz und in der Wohlverhaltensperiode – Gestaltungüberlegungen zum Überschuldeten-Testament, RNotZ 2018, 429–453; *Krieger*, Die Vorerbschaft in der Einzelzwangsvollstreckung und in der Insolvenz, Diss. iur., Bonn 2002; *Kuleisa*, Der insolvente Nachlass – Die Haftung der Erben und die Befugnisse des Testamentsvollstreckers, ZVI 2013, 173–179; *Lehmann*, Erbrechtlicher Erwerb im Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren, 2006; *Leipold*, Erbrechtlicher Erwerb und Zugewinnausgleich im Insolvenzverfahren und bei der Restschuldbefreiung, FS Hans Friedhelm Gaul, 1997, 367–379; *Limmer*, Testamentsgestaltung bei überschuldeten Erben im Hinblick auf die Auswirkungen des Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahrens, ZEV 2004, 133–141; *Liuke*, Der Pflichtteilsanspruch in der Insolvenz, FS Rainer Kanzleiter, 2010, 271–286; *Marotzke*, Das Erbenglück des insolventen Schuldners, ZVI 2003, 309–319; *Marotzke*, Die Stellung der Nachlassgläubiger in der Eigeninsolvenz des Erben, FS Gerhard Otto, 2005, 223–240; *Mayer*, Testamentsgestaltung bei überschuldeten Erben (Teil 1 und 2), MittBayNot 2011, 445–453, MittBayNot 2012, 18–23; *Messner*, Dissonanzen zwischen Insolvenz- und Erbrecht, ZVI 2004, 433–441; *Neher*, Der Erbanfall in der Insolvenz, 2011; *Polonius*, Der Insolvenzverwalter als Erbe, ZVI 2018, 90–93; *Scheuing*, Der Pflichtteilsanspruch in Zwangsvollstreckung und Insolvenz, 2017; *Wälzholz*, Testamentsgestaltung zugunsten überschuldeten Erben, FamRB 2006, 252–257.

Übersicht

	R.n.		R.n.
A. Normzweck	1	III. Entsprechende Anwendung; Pflichtteilsanspruch	16
B. Entstehungsgeschichte	2	IV. Fortgesetzte Gütergemeinschaft	18
C. Anwendungsbereich	3	1. Begriff	18
I. Erbschaft	3	2. Fortsetzung der Gütergemeinschaft	19
1. Begriff	3	3. Ablehnung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft	20
2. Erbschaftsannahme	6	V. Vorerbschaft	21
a) Trennung der Vermögensmassen durch den Insolvenzverwalter	8	1. Begriff	21
b) Trennung der Vermögensmassen durch einen Nachlassgläubiger	9	2. Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vorerben	22
c) Testamentsvollstreckung	10	3. Insolvenzmasse	24
3. Erbschaftsausschlagung	11	4. Insolvenzgläubiger	25
4. Nachlassinsolvenzverfahren	12	5. Verfügungsbeschränkung	26
II. Vermächtnis	13		

A. Normzweck

Die Norm enthält zwei verschiedene Regelungsbereiche, die beide im Zusammenhang mit dem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter nach § 80 stehen. **Abs. 1** belässt dem Schuldner auch während des Insolvenzverfahrens die **Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses** (S. 1) bzw. **über die Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft** (S. 2). Da diese Entscheidungen höchstpersönlicher Natur sind, sind sie nicht dem Insolvenzverwalter zugewiesen, sondern verbleiben dem Schuldner. **Abs. 2** beschränkt die **Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters über Erbschaftsgegenstände**, die dem **Schuldner als Vorerben** zustehen. Diese Verfügungsbeschränkung bezieht sich auf § 2115 BGB, wonach Verfügungen des Insolvenzverwalters, die das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen, im Falle des Eintritts der Nacherfolge unwirksam sind.

B. Entstehungsgeschichte

Die Bestimmung beinhaltet zwei in der KO an unterschiedlichen Stellen geregelte Gegenstände. 2 Abs. 1 übernimmt den Regelungsgegenstand des § 9 KO und erweitert ihn im Hinblick auf die **Einbeziehung des Neuerwerbs** nach § 35 auf Fälle, in denen die Erbschaft oder das Vermächtnis nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens angefallen bzw. die fortgesetzte Gütergemeinschaft nach Verfahrenseröffnung eingetreten ist.¹ Abs. 2 entspricht inhaltlich § 128 KO, wurde aber sprachlich an das Insolvenzverfahren angepasst.² Abs. 2 hat im Recht der Einzelzwangsvollstreckung seine Parallele in § 773 ZPO.³

C. Anwendungsbereich

I. Erbschaft

1. Begriff. Abs. 1 S. 1 Alt. 1 knüpft materiellrechtlich an §§ 1942 ff. BGB an. Danach geht die 3 Erbschaft mit dem Erbfall auf den Erben ohne dessen Zutun über (§ 1942 Abs. 1 BGB). Dem Erben steht aber das Recht zu, die Erbschaft in bestimmter Frist und Form auszuschlagen (§§ 1944 f. BGB). Macht der Erbe von diesem Recht Gebrauch, so hat dies nach § 1953 Abs. 1 BGB zur Folge, dass der Anfall der Erbschaft rückwirkend als nicht erfolgt gilt. Zwischen Anfall der Erbschaft und Ablauf der Ausschlagsfrist entsteht ein **Schwebezustand**, der durch die Annahme der Erbschaft beseitigt werden kann. Mit der Erklärung der Annahme wird aus dem vorläufigen Erbschaftsanfall ein endgültiger und der Erbe verliert sein Ausschlagungsrecht, § 1943 BGB. Diese Rechtsfolge tritt auch ein, wenn der Erbe die Ausschlagsfrist untätig verstreichen lässt.⁴

Wegen der **höchstpersönlichen Natur des Rechts zur Ausschlagung bzw. zur Annahme** 4 der **Erbschaft** steht die Ausübung dieser Rechtsakte auch während des Insolvenzverfahrens (und in der Wohlverhaltensperiode) ausschließlich dem Schuldner zu.⁵ Der Schuldner kann seine Entscheidung unabhängig von den Belangen der Insolvenzgläubiger nach freiem Belieben treffen.⁶ Insoweit gilt Abs. 1 auch entsprechend für die Mitwirkung des Schuldners an einem Erb- oder Pflichtteilsverzicht oder als vertraglich eingesetzter Erbe an der Aufhebung seiner Erbeinsetzung

¹ Dazu *Leipold*, FS Gaul, S. 367 (368). Krit. *Leipold/Dieckmann*, S. 127 (132) im Hinblick auf die Restschuldbefreiung. Vgl. auch *Neher*, S. 17.

² Lit. und Rspr. zu § 128 KO sind uneingeschränkt verwertbar. Einen guten Überblick bietet *Krieger*, S. 78–94.

³ Dazu insgesamt BR-Drs. 1/92, 23, 136; BT-Drs. 12/2443, 23, 136.

⁴ *Staudinger/Otte* § 1942 Rn. 10.

⁵ RT-Drs. 9/100, 27; *Hahn/Mugdan*, Materialien, Bd. 7, S. 235; RGZ 84, 342 (347 f.); MüKoBGB/*Leipold* § 1942 Rn. 14, § 1943 Rn. 7; *Staudinger/Otte* § 1942 Rn. 15; BKInsO/*Blersch/u. Olshausen* Rn. 1, 4; *Lehmann*, S. 29 ff. Krit. *Jaeger/Windel* Rn. 2; AGR/*Piekenbrock* InsO Rn. 2, Abl. (unter Heranziehung rechtsvergleichender und systematischer Argumente) *Frank*, FS Leipold, S. 983 ff.; *Christandl* ZEuP 2011, 779 (785 ff., 802 ff.). Zum Erbausschlagungs- bzw. Erbannahmerecht im Eröffnungsverfahren vgl. *Neher*, S. 141 ff. Nach *Hillmann-Stadtfeld/Jüchser*, Die insolvente GmbH als Erbe – zur Anwendbarkeit des § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO auf juristische Personen, ZInsO 2014, 1597 (1598 f.) ist Abs. 1 S. 1 (im Wege teleologischer Reduktion) nicht anwendbar, wenn Erbe eine juristische Person ist. Zust. BeckOKInsO/*Rieve* Rn. 3; K. Schmidt/*Sternal* Rn. 9.

⁶ RGZ 54, 289 (295). Vgl. auch *Leipold*, FS Gaul, S. 367 (368); Uhlenbruck/*Mock* Rn. 4; KKInsO/*Henning* Rn. 3.

durch Abschluss eines neuen Erbvertrags.⁷ Als zwingende Folge der freien Entscheidungsbefugnis des Schuldners nach Abs. 1 S. 1 kann seine Entscheidung durch den Insolvenzverwalter nicht angefochten werden.⁸ Wenig überzeugend ist allerdings die Argumentation, dass die **Anfechtung** deshalb ausgeschlossen sei, weil während des Schwebezustands zwischen Anfall der Erbschaft und Ablauf der Ausschlagsfrist – entsprechend dem in § 517 BGB enthaltenen Gedanken – die Erbschaft nicht als Gegenstand des Vermögens des Erben und damit auch nicht als Bestandteil der Insolvenzmasse anzusehen sei, so dass der Insolvenzmasse durch die Ausschlagung auch kein Vermögen entzogen werde und bereits daran eine Insolvenzanfechtung scheitern müsse.⁹ Dem ist entgegenzuhalten, dass die Erbschaft mit dem Anfall unmittelbar zur Entstehung gelangt und die nachträgliche Ausschlagung somit nicht Ablehnung eines angetragenen Erwerbs, sondern Verzicht auf ein bereits erworbene Recht ist.¹⁰ Der Nachlass ist somit Bestandteil der Insolvenzmasse, steht aber während des Schwebezustands nicht als Haftungsmaße den Eigengläubigern des Erben zur Verfügung.¹¹

5 Das zeitliche **Auseinanderfallen von Erbschaftsanfall und Erbschaftsannahme** (bzw. Ablauf der Ausschlagsfrist) hat folgende insolvenzrechtliche Konsequenzen: Fällt die Erbschaft vor oder während des Insolvenzverfahrens an, so führt die Erbschaftsannahme vor Abschluss des Insolvenzverfahrens dazu, dass die **Erbschaft als Bestandteil der Insolvenzmasse** verwertbar wird. Wird die Erbschaft erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens angenommen, so findet eine **Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 3** statt.¹² Fällt die Erbschaft hingegen erst während der **Wohlverhaltensperiode** an, so ist § 295 Abs. 1 Nr. 2 zu beachten (→ § 295 Rn. 49 ff.).¹³ Danach ist der Schuldner im **Restschuldbefreiungsverfahren** gehalten, Vermögen, das er von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erwirbt, zur Hälfte des Wertes an den Treuhänder herauszugeben.¹⁴ Diese Regelung greift jedoch auf Grund der höchstpersönlichen Natur des Rechts zur Ausschlagung bzw. zur Annahme der Erbschaft ebenfalls nur dann, wenn der Schuldner die Erbschaft angenommen hat oder die Ausschlagsfrist untätig verstreichen ließ.¹⁵ Mit der Ausschlagung der Erbschaft verletzt der Schuldner somit nicht seine Obliegenheiten während der Wohlverhaltensperiode.¹⁶ **Keine Obliegenheitsverletzung**

⁷ BGH NJW 2013, 692 = NZI 2013, 137 m. zust. Ann. *Kruth*; Kiesgen RNotZ 2018, 429 (440 ff.).

⁸ RGZ 54, 289 (297); 84, 342 (348); BGH NJW 1997, 2384; *Kipp* JW 1912, 11 (13 f.); Seuffert LZ 1912, 20 (24 f.); MüKoBGB/*Leipold* § 1942 Rn. 14; *Jaeger/Windel* Rn. 10; BKInsO/*Blersch/v. Olshausen* Rn. 5; FKInsO/*Wimmer-Amend* Rn. 6; *Geitner*, S. 15 ff.; *Lehmann*, S. 38 ff., 50 f.; Mayer MittBayNot 2011, 445 (446); Limmer ZEV 2004, 133 (134 f.); *Ivo* ZErb 2003, 250 (251 f.); *Marotzke* ZVI 2003, 309 (311 f.); Messner ZVI 2004, 433 f. Zum Meinungsstand *Neher*, S. 75 ff. AbL (ua unter Heranziehung rechtsvergleichender Argumente) *Bartels* KTS 2003, 41 (48 ff.); *Hutsch*, S. 65 ff., 71 ff., 99 ff., 129 ff., 157 ff.

⁹ RGZ 54, 289 (295 ff.); Seuffert LZ 1912, 20 (21 ff.); Staudinger/Otte § 1942 Rn. 11. Vgl. auch RT-Drs. 9/100, 27; *Hahn/Mugdan*, Materialien, Bd. 7, S. 235.

¹⁰ So RGZ 67, 425 (430 f.); *Kipp* JW 1912, 11 (12 f.). Dazu umfassend *Lehmann*, S. 10 ff.; *Neher*, S. 25 ff.

¹¹ BGH NJW 2013, 692 (693) = NZI 2013, 137 (138); BGHZ 167, 352 (355); MüKoBGB/*Leipold* § 1942 Rn. 14; *Lehmann*, S. 27, 31 ff. Vgl. weiter *Bartels* KTS 2003, 41, 43 f.

¹² HambKommInsO/*Kuleisa* Rn. 3.

¹³ Für die Frage der Zuordnung der Erbschaft zum Insolvenz- oder Restschuldbefreiungsverfahren siehe BGHZ 186, 223 (226 f.) = NZI 2010, 741 (742) (maßgeblich ist der Zeitpunkt des Aufhebungsbeschlusses); AG Duisburg BeckRS 2007, 08315.

¹⁴ Zur Berechnung des halbjährigen Wertes bei Anfall einer Erbschaft vgl. *Neher*, S. 196 ff. Die Versagensgründe des § 290 Abs. 1 Nr. 5 iVm § 295 Abs. 1 Nr. 2 und 3 gelten daher nur, wenn die während der Wohlverhaltensperiode angefallene Erbschaft in dieser Phase auch angenommen, der Erwerb der Erbschaft jedoch nicht bekannt gegeben wurde. Zu erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zur Verhinderung eines Zugriffs der Eigengläubiger des Erben vgl. *Geitner*, S. 281 ff.

¹⁵ So der Gesetzgeberwillen, BT-Drs. 12/2443, 192 zur Anreizlösung in § 295 Abs. 1 Nr. 2: „Nummer 2 betrifft den Sonderfall, daß der Schuldner während der ‚Wohlverhaltensperiode‘ als Erbe Vermögen erlangt. In diesem Fall wäre es unbillig, dem Schuldner Restschuldbefreiung zu gewähren, ohne daß er dieses Vermögen antasten muß. Auf der anderen Seite würde eine Obliegenheit, dieses Vermögen vollständig an den Treuhänder abzuführen, in vielen Fällen dazu führen, daß der Schuldner durch Ausschlagung der Erbschaft oder in anderer Weise dafür sorgt, daß ihm das betreffende Vermögen gar nicht zufällt; es wäre fraglich, ob man in einem solchen Verhalten die Verletzung einer Obliegenheit sehen könnte. Der Entwurf wählt daher die Lösung, daß eine Erbschaft nur zur Hälfte ihres Wertes an den Treuhänder herauszugeben ist.“ Vgl. auch *Neher*, S. 167 ff.; KAGBL/*Ahrens* § 295 Rn. 86 ff.

¹⁶ BGH NJW-RR 2010, 121 f. = NZI 2009, 563 (564 f.) mAnm *Floeth* FamRZ 2010, 460 (461 f.); LG Mainz ZInsO 2003, 525; LG Aachen ZErb 2005, 1 mAnm *Ivo*; *Neher*, S. 187 ff. (mit Darstellung des Meinungsstandes; vgl. aber auch die Überlegungen *de lege ferenda*, S. 219 ff.); *Biele* DStR 2011, 526 f.; *Herlitz* NJW 2011, 2258 f.; Mayer MittBayNot 2011, 445 (446 f.); *KPB/Lüke* Rn. 11c f.; K. Schmidt/Sternal Rn. 19; Limmer ZEV 2004, 133 (136 f.); *Ivo* ZErb 2003, 250 (252 f.); Messner ZVI 2004, 433 (434 f., 437); *Busch* ErbR 2012, 358 (363). Krit. dazu *Thora*, Die Obliegenheit der Erbschaftsannahme in der Wohlverhaltensperiode, ZInsO 2002, 176 (177 ff.); *Bartels* KTS 2003, 41 (61 ff.); HambKommInsO/*Kuleisa* Rn. 7; *Frank*, FS Leipold, S. 983 (991 ff.). Vgl. weiter *Marotzke* ZVI 2003, 309 f. (313); *Hartmann* ZNotP 2005, 82 f.; *Geitner*, S. 26 ff., 255 ff.; *Lehmann*, S. 90 ff.

liegt auch dann vor, wenn der Schuldner die Annahme einer während der Wohlverhaltensperiode angefallenen Erbschaft bis nach der Erteilung der Restschuldbefreiung hinauszögert.¹⁷

2. Erbschaftsannahme. Nimmt der Erbe die Erbschaft nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch ausdrückliche Erklärung oder schlüssiges Verhalten an oder lässt er die Ausschlagungsfrist untätig verstreichen (§ 1943 BGB), so fällt ihm die Erbschaft endgültig zu¹⁸ und der Nachlass ist von diesem Zeitpunkt an als Bestandteil der Insolvenzmasse verwertbar (→ § 35 Rn. 62).¹⁹ Da Bestandteil der Erbschaft auch die **Nachlassverbindlichkeiten** sind, stellt sich die Frage nach der Stellung der Nachlassgläubiger. Der Gesetzgeber hat diese Frage nicht beantwortet und im Schrifttum werden dazu unterschiedliche Auffassungen vertreten.²⁰ Nach überwiegender Ansicht werden die Nachlassgläubiger als Insolvenzgläubiger iSd § 38 behandelt, wenn der Erbfall bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetreten ist, die Annahme der Erbschaft aber erst nach Eröffnung erklärt wird.²¹ Der BGH hat auch in Fällen, in denen die Erbschaft nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens anfällt, die **Nachlassgläubiger** ebenso wie die **persönlichen Gläubiger des Schuldners** als **Insolvenzgläubiger** eingeordnet, mit der Folge, dass aus der **Schuldnervermögen und Nachlass umfassenden Insolvenzmasse** sämtliche Gläubiger zu befriedigen sind.²²

Allerdings kann die **Einbeziehung der Nachlassgläubiger** in das Insolvenzverfahren zur Konsequenz haben, dass bei Überschuldung des Nachlasses die Interessen der persönlichen Gläubiger des Schuldners gefährdet werden; aber auch die Nachlassgläubiger können ein Interesse daran haben, die Eigengläubiger vom Zugriff auf den Nachlass fernzuhalten.²³ Eine **Trennung der Vermögensmassen** kann daher sowohl der Insolvenzverwalter als auch jeder Nachlassgläubiger bewirken, nicht hingen – wegen § 80 Abs. 1 – der Schuldner.²⁴ Die Trennung der Vermögensmassen hat zur Folge, dass die Nachlassgläubiger ausschließlich aus dem Nachlass und die persönlichen Gläubiger des Schuldners ausschließlich aus dessen Eigenvermögen (ohne Nachlass) Befriedigung verlangen können.²⁵ Zu einer

¹⁷ Da die Ausschlagungs- bzw. Annahmefrist nur sechs Wochen ab Anfall der Erbschaft beträgt (§ 1944 Abs. 1 BGB), dürfte diesem Fall in der Praxis keine so große Bedeutung zukommen wie – aufgrund der längeren (Verjährungs-)Fristen – der Annahme eines Vermächtnisses oder der Geltendmachung eines Pflichteilsanspruchs (dazu → Rn. 13 ff., 16 f.).

¹⁸ HambKommInsO/Kuleisa Rn. 3. Vgl. weiter Staudinger/Otte § 1943 Rn. 3 ff.; MüKoBGB/Leipold § 1943 Rn. 3 ff.; Soergel/Stein § 1943 Rn. 2 ff.

¹⁹ BGHZ 167, 352 (355) mAnm Lüke/Ellke LMK 2006, 196931. Vgl. weiter Geitner, S. 14 f.; Leipold, FS Gaul, S. 367 (371); → Anh § 315 Rn. 26. So im Ergebnis auch Lehmann, S. 35 ff. Zur Frage, ob der Schuldner mit den Gläubigern eine Vereinbarung über die Annahme der Erbschaft treffen darf (etwa, dass die Gläubiger als Gegenleistung für die Annahme der Erbschaft durch den Schuldner auf einen Teil ihrer Forderungen verzichten) vgl. Lehmann, S. 52 ff. Zur Freigabe der Erbschaft im Ganzen oder in Teilen durch den Insolvenzverwalter vgl. Neher, S. 109 ff.

²⁰ Zur Problematik BKInsO/Blersch/v. Olshausen Rn. 7; Marotzke, FS Otte, S. 223 (235 ff.); Neher, S. 134 ff. mwN. Vgl. auch Busch ZVI 2011, 77 (82); Busch ErbR 2012, 358 (365 f.); Vällender, Doppelinsolvenz: Erben- und Nachlassinsolvenz, NZI 2005, 318 (319 f.). Nicht diskutiert wird die Frage, ob als neuerworbenes „Vermögen“ iSd § 35 Abs. 1 nur die Erbschaft nach Abzug der Nachlassverbindlichkeiten („Nettowert“) begriffen werden kann, obwohl dies im Rahmen von § 295 Abs. 1 Nr. 2 für die Berechnung der Hälfte des Wertes des erworbenen Vermögens vertreten wird (so Neher, S. 200 f.; Busch ZVI 2011, 77 [83 f.]).

²¹ So BKInsO/Blersch/v. Olshausen Rn. 6; Marotzke, FS Otte, S. 223 (236 f.); Neher, S. 133 f.; Kesseler RNotZ 2006, 474.

²² BGHZ 167, 352 (355): „Ist der Schuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder während des Verfahrens Erbe geworden, fällt der Nachlaß vorläufig in die Masse. [...] Hat er die Erbschaft angenommen, [...] tritt hinsichtlich der Erbschaft Vollerwerb ein [...]. Ab diesem Zeitpunkt ist der Nachlaß endgültig Bestandteil der Insolvenzmasse [...], aus der die Nachlassgläubiger und die Eigengläubiger des Erben (Erben-gläubiger) zu befriedigen sind, sofern nicht eine Trennung der Vermögensmassen [...] herbeigeführt wird.“ Im Ergebnis so auch Busch ErbR 2012, 358 (366); BKInsO/Blersch/v. Olshausen Rn. 7 (die Lösung wird dort als das „geringste Übel“ bezeichnet); BeckOKInsO/Rieue Rn. 14. AA Neher, S. 137 ff.; Marotzke, FS Otte, S. 223 (238 f.); → § 331 Rn. 8; Messner ZVI 2004, 433 (434); Polonius ZVI 2018, 90 (93); Roth/Pfeuffer, Praxishandbuch für Nachlassinsolvenzverfahren, 2009, S. 422 ff.; HambKommInsO/Kuleisa Rn. 4. Vgl. weiter BFH ZIP 2017, 1526 (1527) = NZI 2017, 769 f. (zur Einordnung der auf einen Erwerb des Schuldners nach Insolvenzeröffnung angefallenen Erbschaftssteuer als Masseverbindlichkeit iSd § 55 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 2).

²³ LG Aachen NJW 1960, 46 (48). So im Ergebnis auch Neher, S. 139 f.

²⁴ So auch Uhlenbruck/Mock Rn. 12; BKInsO/Blersch/v. Olshausen Rn. 8; KPB/Lüke Rn. 7; Braun/Kroth Rn. 4; Messner ZVI 2004, 433 (434). AA LG Aachen NJW 1960, 46 (48 f.) m. zust. Anm. v. Buch; Börner, Das System der Erbenhaftung, JuS 1968, 53 (56); Neher, S. 255 ff.; Marotzke, FS Otte, S. 223 (226 ff.). Vgl. weiter Vällender NZI 2005, 318 ff.

²⁵ BGHZ 167, 352 (355 ff.) = RNotZ 2006, 470 ff. mAnm Kesseler. Vgl. weiter Geitner, S. 276 ff.; → § 325 Rn. 2 ff. Nachlassgläubiger, denen der Erbe unbeschränkt haftet, können im Verfahren über das Eigenvermögen des Erben ihre Forderungen insoweit geltend machen, als sie im Nachlassinsolvenzverfahren ausgefallen sind, § 331 Abs. 1 (dazu → § 331 Rn. 3). Vgl. Marotzke, FS Otte, S. 223 (226).

„bloßen“ wirtschaftlichen Trennung der Vermögensmassen führt die Anordnung einer Testamentsvollstreckung.

- 8 a) Trennung der Vermögensmassen durch den Insolvenzverwalter.** Ist der Nachlass überschuldet, stehen dem Insolvenzverwalter zur Trennung der Haftungsmassen diejenigen Befugnisse zu, die außerhalb eines Insolvenzverfahrens dem Schuldner als Erben zustehen, nämlich die Beschränkung der Haftung nach §§ 1975 ff. BGB durch Beantragung der Nachlassverwaltung oder Einleitung eines Nachlassinsolvenzverfahrens (§§ 11 Abs. 2 Nr. 2, 315–331).²⁶ Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1980 BGB ist der Insolvenzverwalter verpflichtet, die Vermögensmassen zu trennen, um eine Benachteiligung der persönlichen Gläubiger des Schuldners zu verhindern.²⁷
- 9 b) Trennung der Vermögensmassen durch einen Nachlassgläubiger.** Jeder Nachlassgläubiger kann sich vor einer Verteilung des Nachlasses an die persönlichen Gläubiger des Schuldners dadurch schützen, dass er einen Antrag auf Nachlassverwaltung nach § 1981 Abs. 2 BGB oder auf Eröffnung eines Nachlassinsolvenzverfahrens nach § 317 Abs. 1 stellt.²⁸ Liegen die jeweiligen Voraussetzungen vor, so hat sowohl die Nachlassverwaltung als auch das Nachlassinsolvenzverfahren die Trennung der Vermögensmassen zur Folge.²⁹
- 10 c) Testamentsvollstreckung.** Eine vom Erblasser angeordnete Testamentsvollstreckung besteht während des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Erben fort, mit der Folge, dass die Verfügungsbeschränkung nach § 2211 BGB auch für den Insolvenzverwalter gilt (§ 80 Abs. 1), die Eigengläubiger des Schuldners keine Befriedigung aus den der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlassgegenständen verlangen können (§ 2214 BGB)³⁰ und der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Befugnisse den Nachlass verwalten und über Nachlassgegenstände verfügen kann.³¹ Das der Testamentsvollstreckung unterliegende Vermögen bildet eine Sondermasse im Insolvenzverfahren und kann in dem Zeitraum, in dem die Testamentsvollstreckung angeordnet ist, nicht vom Insolvenzverwalter verwertet werden.³² Endet die Testamentsvollstreckung während des Insolvenzverfahrens, so fällt der **freiwerdende Nachlass** und der **Herausgabeanspruch des Erben gegen den Testamentsvollstrecker** nach §§ 2218 Abs. 1, 667 BGB als Neuerwerb in die Insolvenzmasse und unterliegt der Verwertung durch den Insolvenzverwalter.³³
- 11 3. Erbschaftsausschlagung.** Schlägt der Erbe die Erbschaft aus,³⁴ so fällt die Erbschaft rückwirkend dem nächstberufenen Erben an (§ 1953 Abs. 2 BGB). Sofern der Insolvenzverwalter während des Schwebezustands Gegenstände des Nachlasses zur Insolvenzmasse gezogen hatte, steht dem nächstberufenen Erben ein **Aussonderungsrecht** zu.³⁵ Hafter der Schuldner dem nächstberufenen Erben nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß § 1959 Abs. 1 BGB, so besteht dieser Anspruch des nächstberufenen Erben als Insolvenzforderung nur dann, wenn er schon vor der Verfahrenseröffnung begründet war.³⁶

²⁶ BGHZ 167, 352 (355 ff.). Vgl. weiter *Rugullis* ZEV 2007, 117 ff.; *Polonius* ZVI 2018, 90 (91).

²⁷ *Kuleisa* ZVI 2013, 173 (177) mit Hinweis auf die Haftung des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO; HKInsO/Kayser Rn. 9; KPB/Lüke Rn. 6. Vgl. weiter BKInsO/Blersch/v. Olshausen Rn. 9; Jaeger/Windel Rn. 8.

²⁸ BGHZ 167, 352 (355 f.). Vgl. weiter BKInsO/Blersch/v. Olshausen Rn. 8; sowie → § 317 Rn. 5.

²⁹ So auch *Kuleisa* ZVI 2013, 173 (177); FKInsO/Wimmer-Amend Rn. 8.

³⁰ So auch Graf-Schlicker/Busch Rn. 3; HambKommlInsO/Kuleisa Rn. 5; Biele DStR 2011, 526 (527 f.). Vgl. weiter Haegele, Der Testamentsvollstrecker bei Konkurs, Vergleich und Anfechtung außerhalb Konkurses, KTS 1969, 158 (159 f.); Leipold, FS Gaul, S. 367 (375); Börner JuS 1968, 53 (57); Staudinger/Reimann § 2211 Rn. 2; Staudinger/Reimann § 2214 Rn. 7.

³¹ BGHZ 167, 352 (356) mAnn Schindler ZInsO 2007, 484 ff.; Uhlenbruck/Mock Rn. 13; MüKoBGB/Zimmermann § 2211 Rn. 2; MüKoBGB/Zimmermann § 2214 Rn. 3a; Hanisch, Nachlassinsolvenzverfahren und materielles Erbrecht, FS Henckel, 1995, S. 369 (378); Messner ZVI 2004, 433 (437 f.).

³² BGHZ 167, 352 (359): „Der unter Testamentsvollstreckung stehende Nachlaß bildet eine Sondermasse [...], aus der nur die Nachlaßgläubiger zu befriedigen sind.“ Vgl. auch OLG Köln ZIP 2005, 452 (453); Busch ErbR 2012, 358 (366); Mayer MittBayNot 2011, 445 (451); Limmer ZEV 2004, 133 (137 f.); *Kuleisa* ZVI 2013, 173 (178 f.). Zu verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung vgl. Geitner, S. 303 ff.; Damrau, Lebenslange Testamentsvollstreckung im Insolvenzfall, MDR 2000, 255 f.; Limmer ZEV 2004, 133 (137 ff.).

³³ BGHZ 167, 352 (356, 359); HambKommlInsO/Kuleisa Rn. 5.

³⁴ Zu beachten ist, dass mit der Erbschaftsausschlagung in den Fällen des § 2306 Abs. 1 BGB und § 1371 Abs. 3 BGB kraft Gesetzes Pflichtteilsrechte des Schuldners entstehen (zur Behandlung dieser Rechte in der Insolvenz → Rn. 16 f.).

³⁵ So auch HambKommlInsO/Kuleisa Rn. 6; FKInsO/Wimmer-Amend Rn. 13. Vgl. weiter Lehmann, S. 34 f. KPB/Lüke Rn. 9.

4. Nachlassinsolvenzverfahren. Abs. 1 S. 1 gilt auch für den Fall, dass vor Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft ein Nachlassinsolvenzverfahren nach §§ 11 Abs. 2 Nr. 2, 315–331 eröffnet wird. § 316 Abs. 1 stellt ausdrücklich klar, dass die fehlende Annahme der Erbschaft die Verfahreneröffnung nicht hindert.³⁷

II. Vermächtnis

Abs. 1 S. 1 Alt. 2 knüpft an §§ 2176 ff. BGB an. Danach gelangt die Vermächtnisforderung mit 13 dem Erbfall (§ 2176 BGB) bzw. im Falle der Anordnung einer Bedingung oder eines Anfangstermins mit dem Eintritt dieser Bedingung oder des Termins (§ 2177 BGB) zur Entstehung. Dem Vermächtnisnehmer steht aber nach § 2180 Abs. 1, 2 BGB das Recht zu, das Vermächtnis auszuschlagen. Macht der Vermächtnisnehmer von diesem Recht Gebrauch, so gilt das Vermächtnis nach §§ 2180 Abs. 3, 1953 Abs. 1 BGB rückwirkend als nicht erfolgt. Da beim Vermächtnis eine § 1943 Hs. 2 BGB entsprechende Bestimmung fehlt, führt die Untätigkeit des Vermächtnisnehmers nicht zur Annahme des Vermächtnisses. Die **Annahme** kann nur durch **Erklärung des Vermächtnisnehmers** gegenüber dem Beschwerter erfolgen, § 2180 Abs. 2 BGB.

Ebenso wie bei der Erbschaft sind Annahme und Ausschlagung des Vermächtnisses **höchstpersönliche Rechte**, deren Ausübung auch nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ausschließlich dem Schuldner zusteht, wobei dessen Entscheidung nicht anfechtbar ist.³⁸ Die Ausführungen zur Annahme bzw. Ausschlagung der Erbschaft gelten überwiegend entsprechend (→ Rn. 4 f., 11).³⁹ Da die Annahmeerklärung beim Vermächtnis im Gegensatz zur Erbschaft regelmäßig nicht innerhalb einer bestimmten Frist zu erfolgen hat,⁴⁰ kann der Schuldner bis zum Ende der Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB)⁴¹ seine Entscheidung treffen.⁴² Dabei sind **verschiedene Fallgestaltungen** zu unterscheiden: Da das Vermächtnis mit dem Erbfall kraft Gesetzes entsteht (§ 2176 BGB), führt die Annahme eines vor oder während des Insolvenzverfahrens angefallenen Vermächtnisses dazu, dass dieses als Bestandteil der Insolvenzmasse verwertbar ist. Wird ein vor oder während des Insolvenzverfahrens angefallenes Vermächtnis hingegen erst nach dessen Abschluss angenommen, so stellt sich die Frage, ob – ebenso wie bei der Annahme einer Erbschaft (→ Rn. 5) oder der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs (→ Rn. 16) – eine **Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 3** stattzufinden hat. Auch wenn das Vermächtnis (im Gegensatz zur Erbschaft) seiner Rechtsnatur nach nur einen schuldrechtlichen Anspruch beinhaltet, so kann für das Vermächtnis im Ergebnis nichts anderes als für die Erbschaft (oder für einen Pflichtteilsanspruch) gelten, so dass § 203 Abs. 1 Nr. 3 anzuwenden ist.⁴³

Fällt das Vermächtnis erst während der **Wohlverhaltensperiode** an, so ist § 295 Abs. 1 Nr. 2 zu beachten (dazu → § 295 Rn. 49 ff.). Danach ist der Schuldner im **Restschuldbefreiungsverfahren** gehalten, Vermögen, das er von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erwirbt, zur Hälfte des Wertes an den Treuhänder herauszugeben, wenn er das Vermächtnis in dieser Phase annimmt (→ Rn. 5).⁴⁴ Diese Rechtsfolge kann der Schuldner umgehen, wenn er das Vermächtnis erst nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode annimmt.⁴⁵ Der BGH weist ausdrücklich darauf hin, dass die Annahme des Vermächtnisses nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode ebenso wie ein Verzicht

³⁷ So auch HambKommInsO/Kuleisa Rn. 9. Vgl. weiter → § 316 Rn. 2; → Vor §§ 315–331 Rn. 2 ff.

³⁸ BGH NJW 2011, 2291 f. mAnm Menzel MittBayNot 2011, 374 ff.; Krauß, „In der Schwebe gehaltenes“ Vermächtnis nicht einsatzpflichtig, NotBZ 2011, 212 (213); Lehmann, S. 114 ff., 119. Vgl. auch RGZ 67, 425 (430 f.); Soergel/Wölff § 2180 Rn. 7. AA Bartels KTS 2003, 41, 57 f.

³⁹ Dazu umfassend Lehmann, S. 113 ff.

⁴⁰ Ausnahmen bestehen im Falle des § 2307 Abs. 2 BGB oder wenn der Erblasser die Annahme des Vermächtnisses innerhalb einer bestimmten Frist angeordnet hat. Dazu Soergel/Wölff § 2180 Rn. 5.

⁴¹ Für den Vermächtnisanspruch bestand bis zum 31. Dezember 2009 eine dreißigjährige Verjährungsfrist nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB aF, die nach Maßgabe der Überleitungsvorschrift in Art. 229 § 23 Abs. 4 S. 1 EGBGB für Erbfälle vor dem 1. Januar 2010 noch gilt.

⁴² Zur freien Entscheidung des Schuldners vgl. Lehmann, S. 120 f.; Messner ZVI 2004, 433 (439, 441).

⁴³ Zust. HambKommInsO/Kuleisa Rn. 10. So im Ergebnis auch AGR/Piekenbrock InsO Rn. 8; Menzel MittBayNot 2011, 374; Herrler NJW 2011, 2258 (2261); Lehmann, S. 120 f. AA Krauß NotBZ 2011, 212 (214).

⁴⁴ BGH NJW 2011, 2291 f. Dazu insgesamt auch Leipold, FS Gaul, S. 367 (371); KAGBL/Ahrens § 295 Rn. 86 ff.; Windel, Die Verteilung der Befugnisse zur Entscheidung über Vermögenserwerb zwischen (Gemein-)Schuldner und Konkurs-(Insolvenz-)Verwalter bzw. Vollstreckungsgläubiger nach geltendem und künftigem Haftungsrecht, KTS 1995, 406; Messner ZVI 2004, 433 (439 f.); Geitner, S. 264 f., 295 ff.; Lehmann, S. 123 ff. Krit. Bartels KTS 2003, 41 (64 ff.).

⁴⁵ BGH NJW 2011, 2291 (2292) mAnm Menzel MittBayNot 2011, 374 ff.; Kiesbye jurisPR-InsR 12/2011 Anm. 1; Jahres jurisPR-FamR 13/2011 Anm. 5; Krauß NotBZ 2011, 212 (213). Vgl. auch BGH NJW RR 2010, 121 (122) = NZI 2009, 563 (564) mAnm Floeth FamRZ 2010, 460 (461 f.) und Anm. Menzel MittBayNot 2010, 54 (55); Biele DStR 2011, 526 f.; HambKommInsO/Kuleisa Rn. 10. Krit. dazu Frank, FS Leipold, S. 983 (991 ff.); Herrler NJW 2011, 2258; AGR/Piekenbrock InsO Rn. 8.

auf das Vermächtnis **keine Obliegenheitsverletzung** (§ 290 Abs. 1 Nr. 5 iVm § 295 Abs. 1 Nr. 2, 3) darstellt.⁴⁶

III. Entsprechende Anwendung; Pflichtteilsanspruch

- 16** Nach allgemeiner Meinung findet Abs. 1 als abschließende Sondervorschrift auf den **Erwerb sonstiger Anwartschaften und Rechte** keine entsprechende Anwendung.⁴⁷ Besonderheiten gelten jedoch für den **Pflichtteilsanspruch**: Der Pflichtteilsanspruch entsteht zwar mit dem Erbfall (§ 2317 Abs. 1 BGB),⁴⁸ jedoch obliegt die Entscheidung, den Anspruch gegen den Nachlass geltend zu machen, als höchstpersönliches Recht allein dem Pflichtteilsberechtigten.⁴⁹ Der Anspruch ist zudem erst dann verwertbar, wenn er pfändbar, dh durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig ist, § 852 Abs. 1 ZPO (→ § 35 Rn. 484).⁵⁰ Nach der Rspr. des BGH ist der mit dem Erbfall entstandene Pflichtteilsanspruch jedoch vor Eintritt der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO aufschiebend bedingt pfändbar bzw. abtretbar und muss daher in diesem Stadium auch dem Insolvenzbeschlag unterliegen.⁵¹ Dies führt dazu, dass der noch nicht anerkannte oder rechtshängig gemachte Pflichtteilsanspruch mit dem Erbfall zur Masse gehört (§ 36 Abs. 1 S. 1), jedoch die Verwertung dieses Anspruchs ohne Mitwirkung des Schuldners, der allein die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO herbeiführen kann, nicht möglich ist (→ Anh § 315 Rn. 27 mwN).⁵² Sofern der während des Insolvenzverfahrens entstandene Pflichtteilsanspruch erst nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens anerkannt oder rechtshängig gemacht wird, unterliegt er der **Nachtragsverteilung** gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 3.⁵³

- 17** Über die **Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs** kann der Schuldner während des Insolvenzverfahrens und auch in der Wohlverhaltensperiode völlig frei entscheiden.⁵⁴ Der BGH überträgt insoweit die Wertung des Abs. 1: Da dem Schuldner die Entscheidungsmacht über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft zusteht, könne für die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs nichts anderes gelten. Daher stelle „der Verzicht auf die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs in der Wohlverhaltensphase [...] – ebenso wie die Ausschlagung der Erbschaft oder der Verzicht auf ein Vermächtnis – **keine Obliegenheitsverletzung** dar“.⁵⁵ Tritt der Erbfall erst in der Wohlverhaltenspe-

⁴⁶ BGH NJW 2011, 2291 f.

⁴⁷ BGHZ 167, 352 (361) = RNotZ 2006, 470 (473) mAnm Kesseler; HambKommInsO/Kuleisa Rn. 2; Uhlenbrück/Mock Rn. 29; BKInsO/Blersch/v. Olshausen Rn. 14; K. Schmidt/Sternal Rn. 2.

⁴⁸ BGH NJW 2011, 1448 = NZI 2011, 369 (370) „Maßgeblich für die Zuordnung des Pflichtteilsanspruchs zur Insolvenzmasse oder zum Neuerwerb während der Wohlverhaltensphase ist, ob der Erbfall vor oder nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens stattgefunden hat.“ So auch Haas/Vogel, FS Bengel und Reimann, S. 173 (179 f.).

⁴⁹ Dazu Kiesgen RNotZ 2018, 429 (438).

⁵⁰ Dazu ausführlich Scheuing, S. 58 ff. Eher krit. Liike, FS Kanzeleiter, S. 271 (275 ff.).

⁵¹ BGH NZI 2016, 457 (458); BGH NJW-RR 2009, 632 (633) = NZI 2009, 191 (192); BGH NJW-RR 2010, 121 = NZI 2009, 563 (564) mAnm Schmerbach NZI 2009, 552; BGHZ 123, 183 (188 ff.); BGH NJW 1997, 2384 f. mAnm Gerhardt, BGH EWiR § 1 AnfG 1/97, 683 f.; Bartels KTS 2003, 41 (44 ff.); Ivo ZErb 2003, 250 (254 f.); Wälzholz FamRB 2006, 252 (254); Limmer ZEV 2004, 133 (135); Geitner, S. 20 ff.; Lehmann, S. 127 ff., 132 ff., 139 ff. (zum Pflichtteilsanspruch im Restschuldbefreiungsverfahren vgl. S. 151 ff.); Stein/Jonas/Brehm § 852 Rn. 4. Ausführlich Scheuing, S. 69 ff. (zur BGH-Rspr. seit 1993) S. 162 ff. (zur historischen Entwicklung) und S. 166 ff. (zur Insolvenzbefangenheit). Vgl. auch Messner ZVI 2004, 433 (438 f.). AA Leipold, FS Gaul, S. 367 (369); Liike, FS Kanzeleiter, S. 271 (277 ff., insb. 285 f.).

⁵² BGH NJW-RR 2009, 632 (633) = NZI 2009, 191 (192); NJW-RR 2010, 121 = NZI 2009, 563 (564); NJW 2011, 1448 f. = NZI 2011, 369 (370 f.) mAnm Haas/Vogel KTS 2011, 387 (388 ff.); HambKommInsO/Kuleisa Rn. 8; KKInsO/Henning Rn. 14; Uhlenbrück/Mock Rn. 26. Weiterführend Scheuing, S. 177 ff.

⁵³ BGH NJW 2011, 1448 f. = NZI 2011, 369 ff. (die Regelungen zur Nachtragsverteilung gelten auch im Verbraucherinsolvenzverfahren; der Begriff der Ermittlung iSD § 203 Abs. 1 Nr. 3 ist weit auszulegen) mAnm Floeth FamRZ 2011, 1399 ff.; Reul ZEV 2011, 88 f.; Horn/Selker ZEV 2017, 439 (442); Kiesgen RNotZ 2018, 429 (438 f.); Vällender WuB IV A. § 203 InsO 1.11; Mayer MittBayNot 2012, 18 (22); Scheuing, S. 234 ff. So auch schon die Vorinstanz LG Münster NZI 2009, 657 f. m. zust. Anm. Henning VIA 2009, 13 f. AA noch LG Göttingen NZI 2009, 896. Vgl. weiter Haas/Vogel, FS Bengel und Reimann, S. 173 (184 ff.).

⁵⁴ Dazu Scheuing, S. 205 ff.

⁵⁵ BGH NJW-RR 2010, 121 (122) = NZI 2009, 563 (564); dazu auch Anm. Schmerbach NZI 2009, 552; Floeth FamRZ 2010, 460 (461 ff.); Goltzsche DNotZ 2009, 865 ff.; Bartsch jurisPR-BKR 11/2009 Anm. 2; Kiesbye jurisPR-InsR 19/2009 Anm. 2; BGH ZInsO 2009, 1831 (1832); KKInsO/Henning Rn. 14. Zur Übertragung der Wertung des Abs. 1 vgl. auch LG Tübingen ZVI 2008, 450 (452); Enzensberger/Roth, Der Pflichtteilsanspruch in der Pfändung und Insolvenz, NJW-Spezial 2009, 263 f.; Henning VIA 2009, 13. Der krit. Hinweis auf Wertungswidersprüche zum Sozial- und Unterhaltsrecht (etwa Menzel MittBayNot 2010, 54 f.; Krauß, Der Zugriff zivil- und sozialrechtlicher Gläubiger auf erbrechtliche Präventivmaßnahmen, ErbR 2011, 162 [165 f.]; Frank, FS Leipold, S. 983 [988 ff.]) dürfte durch BGH NJW 2011, 1586 (1589 f.) entkräftet sein (der BGH weist bezüglich der Ausschlagung bereits angefallenen Vermögens bzw. des Pflichtteilsverzichts