

Frank Zaumseil
Eisenbahnstraße 35
04315 Leipzig

5. Semester
Matr.-Nr.: 8058290

Prof. Dr. Christian Berger

Wintersemester 1999/2000

Seminar zur Rechtsgestaltung im Erbrecht

Thema 8

Das Behindertentestament

Gliederung

<u>I. Einleitung</u>	1
1. Begriff	1
2. Ausgangslage	1
3. Motive des Erblassers	1
4. Sozialhilferechtliche Grundlagen	1
a. Das Nachrangprinzip der Sozialhilfe	2
b. Einsatz des Vermögens	2
c. Darlehen	3
d. Überleitung von Ansprüchen auf den Sozialhilfeträger	3
e. Kostenersatz der Erben	3
<u>II. Gestaltungsmöglichkeiten</u>	4
1. Vorüberlegungen	4
2. Einzelne Gestaltungen	4
a. Vor- und Nacherbschaft i.V.m. Testamentsvollstreckung	4
aa. Die Anordnung einer Nacherbschaft	5
bb. Die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers	6
1.) Die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers bei Vor- und Nacherbschaft	6
2.) Ausschluß des Zugriffs auf die Nachlaßgegenstände	6
3.) Zugriff auf die Nachlaßfrüchte	7
4.) Grenzen der Verwaltungsanordnungen	7
cc. Pfändung des Erbteils	8
dd. Das Ausschlagungsrecht gem. § 2306 BGB.....	9
b. Vermächtnisanordnung	10
aa. Vermächtnisgegenstand	10
bb. Anordnung eines Nachvermächtnisses.....	11
c. Ehegattenverfügung	12
d. Auflage.....	13
<u>III. Sittenwidrigkeit</u>	13
1. Benachteiligung des behinderten Kindes	14
2. Ausschluß des Zugriffs des Sozialhilfeträgers	14
a. Umgehung des § 92c BSHG	14
b. Verstoß gegen das Nachrangprinzip.....	15
3. Prognose bzgl. der Sittenwidrigkeit	16
<u>IV. Fazit</u>	17

Literaturverzeichnis

Bengel, Manfred

Gestaltung letztwilliger Verfügungen bei Vorhandensein behinderter Abkömmlinge
ZEV 1994, S. 29ff.

(zit. Bengel ZEV 1994, 29,)

Bengel, Manfred; Reimann, Wolfgang

Handbuch der Testamentvollstreckung
Bearb.: Bengel, Gottwald, Mayer, Reimann u.a.
1994 München

(zit. Bearbeiter in Bengel/Reimann Kap. Rn.)

Brox, Hans

Erbrecht
17. Auflage, 1998 Köln

(zit. Brox ErbR Rn.)

Damrau, Jürgen

Das Behinderten-Testament mit Vermächtnislösung
ZEV 1998, S. 1ff.

(zit. Damrau ZEV 1998, 1,)

Dittmann, Ottmar; Reimann, Wolfgang; Bengel, Manfred

Testament und Erbvertrag: Handkommentar zum Recht der Verfügungen von Todes wegen
nebst systematischen Teil, Formular- und Gesetzesanhang
Bearb.: Bengel, Lichtenberger, Reimann

2. Auflage, 1986 München

(zit. Bearbeiter in Dittmann/Reimann/Bengel Rn.)

Eichenhofer, Eberhard

Das Behindertentestament oder Sozialhilfe für Vermögende
JZ 1999, S. 226ff

(zit. Eichenhofer JZ 1999, 226,)

Förster, Lutz

Erbrecht
1999 Bonn

(zit. Förster § Rn.)

Haegle, Karl; Winkler, Karl

Der Testamentvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht
14. Auflage, 1996 Regensburg

(zit. Haegle/Winkler Rn.)

Krampe, Christoph

Testamentsgestaltungen zugunsten eines Sozialhilfeempfängers
AcP Band 191, S. 526ff., 1991 Tübingen

(zit. Krampe AcP 191 (1991), 526,)

Kuchinke, Kurt

Anmerkung zu LG Konstanz, Urteil vom 24.4.1991
 FamRZ 1992, S. 362f.
 (zit. Kuchinke FamRZ 1992, 362,)

Lange, Heinrich; Kuchinke, Kurt

Lehrbuch des Erbrechts
 4. Auflage, 1995 München
 (zit. Lange/Kuchinke §)

Langenfeld, Gerrit

Testamentsgestaltung – Einzeltestament, Ehegattentestament, Unternehmertestament
 2. Auflage, 1998 Köln
 (zit. Langenfeld S. Rn.)

Lehr- und Praxiskommentar

Bundessozialhilfegesetz
 Bearb.: Birk, Brühl, Conradis, Hofmann u.a.
 5. Auflage, 1998 Baden-Baden
 (zit. Bearbeiter in LPK-BSHG § BSHG Rn.)

Mayer, Jörg

Das Behinderten-Testament als empfehlenswerte Gestaltung?
 DNotZ 1994, S. 347ff.
 (zit. Mayer DNotZ 1994, 347,)

Münchener Kommentar

zum Bürgerlichen Gesetzbuch
 Band 9: Erbrecht (§§1922-2385), BeurkG (§§27-35)
 Bearb.: Brandner, Burkart, Dütz, Frank u.a.
 3. Auflage, 1997 München
 (zit. MüKo-Bearbeiter § BGB Rn.)

Nieder, Heinrich

Das Behindertentestament
 NJW 1994, S. 1264ff.
 (zit. Nieder NJW 1994, 1264,)

Nieder, Heinrich

Handbuch der Testamentsgestaltung
 1992 München
 (zit. Nieder Rn.)

Otte, Gerhard

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.3.1990
 JZ 1990, S. 1027ff.
 (zit. Otte JZ 1990, 1027,)

Palandt, Otto

Bürgerliches Gesetzbuch
 Bearb.: Bassenge, Edenhofer, Heinrichs, Heldrich u.a.
 57. Auflage, 1998
 (zit. Palandt-Bearbeiter § BGB Rn.)

Pieroth, Bodo

Grundgesetzliche Testierfreiheit, sozialhilferechtliches Nachrangprinzip und das sogenannte Behindertentestament

NJW 1993, S. 173ff.

(zit. Pieroth NJW 1993, 173,)

Reithmann, Christoph; Albrecht; Andreas; Basty, Gregor

Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung

7. Auflage, 1995 Köln

(zit. Bearbeiter in Reithmann/Albrecht/Basty Rn.)

Sasse, Stefan

Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen gem. § 138 BGB

JA 1996, S. 160ff.

(zit. Sasse JA 1996, 160)

Schellhorn, Walter; Jirasek, Hans; Seipp, Paul

Das Bundessozialhilfegesetz

15. Auflage, 1997 Berlin

(zit. Schellhorn/Jirasek/Seipp § BSHG Rn.)

Schubert, W.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.3.1990

JR 1991, S. 106f.

(zit. Schubert JR 1991, 106)

Tanck, Manuel; Kerscher, Karl-Ludwig; Krug, Walter

Testamente in der anwaltlichen und notariellen Praxis

1999 Bonn

(zit. Tanck/Kerscher/Krug § Rn.)

van de Loo, Oswald

Die letztwillige Verfügung von Eltern behinderter Kinder

NJW 1990, S. 2852ff.

(zit. van de Loo NJW 1990, 2852,)

Weirich, Hans-Armin

Erben und Vererben

Handbuch des Erbrechts und der vorweggenommenen Vermögensnachfolge

4. Auflage, 1998 Berlin

(zit. Weirich Rn.)

Rechtsgestaltungen im Erbrecht

Thema 8: Das Behindertentestament

I. Einleitung

1. Begriff

Bei dem sog. „Behindertentestament“ handelt es sich um eine Verfügung von Todes wegen, durch die einem behinderten Kind unter Berücksichtigung sozialhilferechtlicher Bestimmungen unmittelbare und effektive Vorteile seitens der Eltern zugesprochen werden sollen.¹ Der allseits verwendete Begriff „Behindertentestament“ ist daher insoweit nicht zutreffend, weil nicht der Behinderte selbst verfügt.

2. Ausgangslage

Die rechtliche Brisanz des Behindertentestaments ergibt sich aus dem Schnittpunkt von privatem Erbrecht und öffentlichem Sozialrecht, da bei der Gestaltung einer solchen letztwilligen Verfügung die Vorschriften des BSHG beachtet werden müssen.² Wie später noch näher erläutert, erbringt der Sozialhilfeträger keine Leistungen, solange der Hilfesuchende eigenes – ggf. auch ererbtes – Vermögen besitzt. Eltern behinderter Kinder werden aus diesem Grunde die gesetzliche Erbfolge in der Regel durch eine individuell gestaltete Regelung ersetzen.

Da die Verfügungen von Todes wegen darauf abzielen, dem Leistungsträger der Sozialhilfe die Nachlaßmittel zu entziehen und das staatliche Nachrangprinzip der Sozialhilfe zu unterlaufen, sind sie vom „Damoklesschwert“ der Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB bedroht.³

3. Motive des Erblassers

Die Eltern stehen bei der Regelung ihres künftigen Nachlasses in einem schwierigen Interessenskonflikt. Zum einen soll die Versorgung des hilfsbedürftigen Kindes möglichst über das gesetzliche Sozialhilfeniveau sichergestellt werden, andererseits soll eine Anrechnung von Zuwendungen aus dem Nachlaß der Eltern auf die gesetzlichen Sozialhilfeleistungen nicht erfolgen.

Da nach dem Tod der Eltern eine Heimunterbringung des Kindes häufig unvermeidbar ist, besteht die Gefahr, daß der Nachlaß durch die hohen Heimunterbringungskosten von derzeit ca. 5.000 DM pro Monat in kürzester Zeit aufgebraucht wird. Dies soll durch Abwälzung der Kosten auf den örtlichen Sozialhilfeträger, d.h. die Allgemeinheit der Steuerzahler, vermieden werden.

Letztlich sollen Zuwendungen, die bei dem Tod des Kindes noch vorhanden sind, wieder an die Familie zurückfallen oder an Organisationen zur Betreuung Behinderter gehen.⁴

4. Sozialhilferechtliche Grundlagen

¹ Bengel ZEV 1994,29, Förster § 10 Rn. 1.

² Förster § 10 Rn. 1, Weirich Rn. 668.

³ Mayer in Bengel/Reimann 5. Kap. Rn. 343.

⁴ vgl. Basty in Reithmann/Albrecht/Basty Rn. 1242, Haegele/Winkler Rn. 181, Nieder NJW 1994, 1264.

a. Das Nachrangprinzip der Sozialhilfe

Nach § 2 BSHG erhält keine Sozialhilfe, wer sich selbst oder mit Hilfe von anderen, insbesondere von Angehörigen, helfen kann. Diese Vorschrift beinhaltet den das Sozialhilferecht prägenden, aber nicht allein beherrschenden Grundsatz, daß die Sozialhilfe nachrangig gegenüber der Selbsthilfe und der Hilfe anderer ist.⁵ Der Hilfesuchende muß sich vorrangig selbst helfen, und zwar grundsätzlich durch Einsatz sämtlicher verfügbaren Mittel, insbesondere des Einkommens, des Vermögens und seiner Arbeitskraft.⁶

Das Subsidiaritätsprinzip beeinflußt über die entsprechenden Bestimmungen des BSHG die privatrechtliche – und damit auch die notarielle – Vertragsgestaltung. Der Notar muß bei der Wahl der Vertragsgestaltung die Vorschriften des BSHG beachten und möglicherweise entstehende Ersatzansprüche des Sozialhilfeträgers berücksichtigen, die das gewünschte Ergebnis eventuell durchkreuzen.⁷

b. Einsatz des Vermögens

Der Hilfsbedürftige hat aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes sein gesamtes verwertbares Vermögen einzusetzen. Der Begriff des Vermögens wird vom Gesetzgeber nicht näher definiert, sondern lediglich dahingehend eingeschränkt, daß solches Vermögen, das nicht „verwertbar“ ist, unberücksichtigt bleibt. Zum Vermögen zählt man im allgemeinen alle beweglichen und unbeweglichen Sachen, Forderungen und sonstige Vermögenswerte oder Geldwerte, soweit sie nicht dem Einkommen zuzurechnen sind.⁸ Eine Erbschaft fällt daher regelmäßig unter den Begriff des Vermögens.

Das Vermögen muß weiterhin verwertbar sein. Der Verwertbarkeit können wirtschaftliche aber auch rechtliche Gründe, wie z.B. die fehlende Verfügungsmacht, entgegenstehen.⁹

Der Einsatz des Vermögens wird grundsätzlich zugemutet. Ausgenommen davon sind nur die in § 88 II BSHG aufgeführten Gegenstände, sog. Schonvermögen. Hierzu gehören insbesondere:

- ein angemessener Hausrat (Nr. 3)
- Familien- und Erbstücke persönlicher Art (Nr. 5)
- nicht luxuriöse Gegenstände zur Befriedigung geistiger Bedürfnisse (Nr. 6)
- ein angemessenes Hausgrundstück (Nr.7)
- kleine Barbeträge (Nr.8)

Die Höhe der kleinen Barbeträge wird in der Durchführungsverordnung (Sartorius I, Nr. 417) näher bestimmt. Danach beträgt der Schonbetrag bei der Hilfe zum Lebensunterhalt für den Hilfesuchenden 2.500 DM, für den nicht getrennt lebenden Ehegatten weitere 1.200 DM sowie je 500 DM für jede Person, die vom Hilfesuchenden oder seinem Ehegatten überwiegend unterhalten wird.

Bei der Hilfe in besonderen Lebenslagen beträgt der Schonbetrag 4.500 DM zzgl. Familienzuschlägen und 8.000 DM bei Schwerstbehinderten.¹⁰

Von besonderer praktischer Bedeutung ist der Schutz eines angemessenen Hausgrundstücks gem. § 88 II Nr. 7 BSHG. Unter den Schutz fallen Einfamilienhäuser und Ei

⁵ Brühl in LPK-BSHG § 2 BSHG Rn. 1, Schellhorn/Jirasek/Seipp § 2 BSHG Rn. 1f.

⁶ Karpen MittRhNotK 1988, 131, Weirich Rn. 663.

⁷ Karpen MittRhNotK 1988, 131.

⁸ Karpen MittRhNotK 1988, 131, 133.

⁹ Brühl in LPK-BSHG § 88 mit VO BSHG Rn. 11, VGH Mannheim NJW 1993, 152.

¹⁰ Karpen MittRhNotK 1988, 131, 133, Mayer in Bengel/Reimann 5. Kap. Rn. 346.

gentumswohnungen, nicht jedoch Mehrfamilienhäuser.¹¹ Das Hausgrundstück muß vom Behinderten selbst oder von einem Mitglied der Bedarfsgemeinschaft (vgl. §§ 11 I, 28 BSHG) bewohnt werden.¹²

Das Hausgrundstück muß des Weiteren angemessen sein. Die Angemessenheit ergibt sich hierbei aus den Kriterien des § 88 II Nr.7 S.2 BSHG (Zahl der Bewohner, Wohnbedarf, Grundstücksgröße, Hausgröße, Zuschnitt und Ausstattung des Wohngebäudes, Grundstückswert einschließlich des Wohngebäudes).¹³ Das Hausgrundstück ist angemessen, wenn eine Gesamtbeurteilung ergibt, daß das Hausgrundstück mit dem Erscheinungsbild eines nach dem gesetzlichen Maßstab des sozialen Wohnungsbaus noch vereinbar ist.¹⁴

Ist das Hausgrundstück nicht mehr angemessen, so ist ein Schutz möglich, wenn die Verwertung eine Härte i.S.d. § 88 III BSHG bedeutet.

c. Darlehen

§ 89 BSHG sieht die Gewährung von Sozialhilfe in Form eines Darlehens vor, wenn der sofortige Verbrauch oder die sofortige Verwertung des Vermögens nicht möglich ist oder eine besondere Härte für den Betroffenen darstellen würde.

d. Überleitung von Ansprüchen auf den Sozialhilfeträger

Ein bedeutendes Instrument zur Durchsetzung des Subsidiaritätsgrundsatzes ist die Überleitungsvorschrift des § 90 BSHG. Der Sozialhilfeträger kann hiernach Ansprüche, die dem Hilfeempfänger gegen Dritte zustehen, auf sich überleiten. Überleitungsfähig sind alle Ansprüche i.S.d. § 194 I BGB, nicht jedoch Gestaltungsrechte, da diese die Berechtigung verleihen durch eigenes Handeln auf eine bestehende Rechtslage einzuwirken, ohne auf die Mitwirkung eines Partners angewiesen zu sein.¹⁵

Eine Besonderheit besteht darin, daß auch höchstpersönliche Ansprüche überleitbar sind. Dazu gehören Pflichtteilsansprüche und Vermächtnisse, soweit sie im Geldwert zu beziffern sind. Bei einer Vertragsgestaltung ist zu beachten, daß nach h.M.¹⁶ der Pflichtteilsanspruch selbst dann überleitbar ist, wenn der Hilfeempfänger seinen Anspruch nicht geltend gemacht hat oder überhaupt nicht geltend machen will, da nach § 90 I S.4 BSHG der Übergang nicht dadurch ausgeschlossen ist, daß der Anspruch nicht übertragbar oder pfändbar ist.

e. Kostenersatz der Erben

Zu beachten ist weiterhin § 92c BSHG. Diese Vorschrift dient der Durchsetzung des Nachranggrundsatzes hinsichtlich des ursprünglich geschützten Vermögens und führt zu einer selbständigen Haftung des Erben gegenüber dem Träger der Sozialhilfe.¹⁷

§ 92c BSHG beinhaltet die grundsätzliche Verpflichtung des Erben eines Hilfeempfängers oder seines Ehegatten zur Rückerstattung für die innerhalb von zehn Jahren vor den Erbfall aufgewendeten Kosten der Sozialhilfe. Der Begriff des Erben stimmt mit dem

¹¹ Brühl in LPK-BSHG § 88 mit VO BSHG Rn. 32, Schellhorn/Jirasek/Seipp § 88 BSHG Rn. 57a.

¹² Mayer in Bengel/Reimann 5. Kap. Rn. 345, Schellhorn/Jirasek/Seipp § 88 BSHG Rn. 63.

¹³ Siehe dazu ausführlich: Brühl in LPK-BSHG § 88 mit VO BSHG Rn. 33-43, Schellhorn/Jirasek/Seipp § 88 BSHG Rn. 59-62.

¹⁴ Brühl in LPK-BSHG § 88 mit VO BSHG Rn. 44.

¹⁵ Bengel in Dittmann/Reimann/Bengel D Rn. 272, Langenfeld S. 250 Rn. Rn. 332.

¹⁶ Karpen MittRhNotK 1988, 131, 136, Mayer in Bengel/Reimann 5. Kap. Rn. 348, Nieder NJW 1994, 1264, 1265, Weirich Rn. 666.

¹⁷ Schellhorn/Jirasek/Seipp § 92c BSHG Rn. 1.

bürgerlich-rechtlichen Erbenbegriff überein.¹⁸ Der Anspruch aus § 92c BSHG stellt eine Nachlaßverbindlichkeit i.S.d. des § 1967 BGB dar und hat Vorrang vor den übrigen Verbindlichkeiten, insbesondere Pflichtteilsansprüchen, Vermächtnissen und Auflagen.¹⁹

II. Gestaltungsmöglichkeiten

1. Vorüberlegungen

Bei der Gestaltung eines Behindertentestaments ist besonders der Pflichtteilsanspruch zu beachten. Dieser entsteht gem. § 2317 I BGB automatisch mit dem Erbfall und ist sofort fällig. Der Sozialhilfeträger kann den Pflichtteilsanspruch des Behinderten gem. § 90 BSHG auf sich überleiten. Für die Überleitung bedarf es nicht der vorherigen Geltendmachung durch den Berechtigten. Aus diesem Grund sind dem Erblasser zur Erreichung seiner Ziele folgende Gestaltungsmöglichkeiten verschlossen:

- Der Behinderte wird von der gesetzlichen Erbfolge vollkommen ausgeschlossen (§ 2303 I BGB).
- Dem Behinderten wird eine Erbquote zugewendet, die geringer als seine Pflichtteilsquote ist (§ 2305 BGB).
- Der Behinderte wird mit einem Vermächtnis bedacht, dessen Wert geringer als sein Pflichtteil ist (§§ 2307 I, 2305 BGB.).
- Dem Behinderten wird eine Erbquote zugewendet, die geringer oder gleich seiner Pflichtteilsquote ist und die durch Nacherbfolge, Testamentsvollstreckung, Teilungsanordnung, Vermächtnis oder Auflage beschwert ist (§§ 2306 I S.1, 2305 BGB).

2. Einzelne Gestaltungen

a. Vor- und Nacherbschaft i.V.m. Testamentsvollstreckung

Mit der letztwilligen Verfügung des Erblassers soll vor allem der Zugriff des Sozialhilfeträgers als Eigengläubiger des behinderten Kindes verhindert werden. Es kommen somit nur Gestaltungsmittel in Betracht, die diesem gegenüber Vollstreckungsschutz bieten. Das sind im deutschen Erbrecht im wesentlichen die Vor- und Nacherbfolge sowie die Testamentsvollstreckung. Als Folge davon hat sich in der Praxis eine solche Kombination von Vor- und Nacherbschaft mit Dauertestamentsvollstreckung eingebürgert.²⁰

Der Behinderte wird dabei in Höhe seines Erbteils, der zumindest geringfügig über dem gesetzlichen Erbteil liegen sollte, zum Vorerben eingesetzt. Als Nacherben werden seine Abkömmlinge, bzw. falls nicht vorhanden, seine Geschwister oder andere Verwandte eingesetzt. Der Nacherbfall tritt mit dem Tod des Vorerben ein. Für den auf das behinderte Kind entfallenden Erbteil wird Dauertestamentsvollstreckung bis zum Tode des Behinderten angeordnet (§§ 2209, 2210 BGB). Zum Testamentsvollstrecker wird eine dem Behinderten nahestehende Person bestimmt, der der Erblasser nach § 2216 II BGB die Anweisung erteilt, aus den Erträgen des Erbteils dem Behinderten Zuwendungen zukommen zu lassen, die möglichst nicht auf die Sozialhilfeleistungen anrechenbar sind. Diese Konstruktion bewirkt im einzelnen folgendes:

¹⁸ Mayer DNotZ1994, 347, 352, Schellhorn/Jirasek/Seipp § 92c BSHG Rn. 8, BVerwGE 66., 161, 163.

¹⁹ Bengel in Dittmann/Reimann/Bengel D Rn. 272, Karpen MittRhNotK 1988, 131, 138.

²⁰ Basty in Reithmann/Albrecht/Basty Rn. 1243, Haegeler/Winkler Rn. 181, Karpen MittRhNotK 1988, 131, 149, Mayer in Bengel/Reimann 5. Kap. 351, Nieder Rn. 1048.

aa. Die Anordnung einer Nacherbschaft

Die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft stellt ein wichtiges Instrument der Vermögenslenkung durch letztwillige Verfügungen dar. Die Einsetzung des behinderten Kindes zum Vorerben verhindert den Vermögensübergang auf die Erben des Kindes und die Haftung des Nacherben nach § 92c BSHG. Da der Nacherbe nicht Erbe des Vorerben ist, sondern Rechtsnachfolger des Erblassers (§ 2139 BGB), entfällt eine Kostenersatzpflicht nach § 92c BSHG.²¹

Der Vorerbe kann weiterhin zur Sicherung des Erbrechts des Nacherben in seiner Verfügungsmacht beschränkt werden. Dies hat Konsequenzen für die Zugriffsmöglichkeiten des Sozialhilfeträgers, da das Vermögen aus rechtlichen Gründen nicht verwertbar sein kann.²² Man muß bei der Einsetzung des Vorerben zwischen befreiter und unbefreiter Vorerbschaft unterscheiden:

1.) Der *befreite Vorerbe* kann über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände frei verfügen. Dies hat zur Folge, daß er das gesamte Nachlaßvermögen gem. § 88 I BSHG einsetzen muß, bevor er Sozialhilfe verlangen kann. Allerdings kann der Sozialhilfeträger gem. § 2115 S.1 BGB nicht in den Nachlaß vollstrecken, so daß der Zugriff zum Schutze des Nacherben entzogen ist. Der Sozialhilfeträger würde aber in so einem Fall den Hilfeempfänger auf den Einsatz des Nachlaßvermögens verweisen, bevor er Sozialhilfe gewährt.²³ Dies dürfte allerdings Grund genug sein, das behinderte Kind als nicht befreiten Vorerben einzusetzen.

2.) Der *nicht befreite Vorerbe* kann nur im Rahmen der §§ 2112 – 2115 BGB über die Erbschaftsgegenstände verfügen. Er bleibt insbesondere bzgl. entgeltlichen Verfügungen über bewegliche Gegenstände Verfügungsbefugter. Man könnte daher annehmen, daß der nicht befreite Vorerbe insoweit einsatzpflichtig i.S.d. § 88 I BSHG ist. Allerdings ist der nicht befreite Vorerbe gem. § 2130 I S.1 BGB verpflichtet, dem Nacherben die Erbschaft mit Eintritt der Nacherbschaft herauszugeben. Da § 88 I BSHG nicht bezweckt Rechte Dritter zu beeinträchtigen, sondern nur den Einsatz des dem Hilfeempfänger gebührenden Vermögens sicherzustellen, kann der Einsatz solcher Erbschaftsgegenstände, über die der Vorerbe zwar allein verfügen darf, deren Surrogationsgegenstände er andererseits dem Nacherben herauszugeben verpflichtet ist, nicht verlangt werden.²⁴ Der Vollstreckung eines Nachlaßgegenstandes steht erneut § 2115 I S.1 BGB entgegen.

Nachlaßnutzungen stehen bis zum Nacherbfall dem Vorerben zu.²⁵ Diese müssen durch den Vorerben gem. § 88 I BSHG eingesetzt werden. Allerdings kann der Einsatz der Nachlaßnutzungen durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung verhindert werden.

Neben den haftungsrechtlichen Vorzügen kann der Erblasser mit der Anordnung der Vor- und Nacherbschaft die Rechtsnachfolge seines Nachlasses über den Tod des behinderten Kindes hinaus steuern. Dies ist insbesondere bei geistig behinderten Kindern von Bedeutung, da sie keine eigenen Verfügungen von Todes wegen errichten können (§§ 2229 IV, 104 Nr.2, 105 BGB) und sich auch nicht durch einen Pfleger vertreten lassen können (2064, 2274 BGB). Dies hat zur Folge, daß bei geistig behinderten Kindern immer die gesetzliche Erbfolge eintritt.

²¹ Haegele/Winkler Rn. 181, Mayer in Bengel/Reimann 5. Kap. 352.

²² van de Loo NJW 1990, 2852.

²³ van de Loo NJW 1990, 2852, Otte JZ 1990, 1027, 1029f.

²⁴ van de Loo NJW 1990, 2852.

²⁵ Brox ErbR Rn. 362, MüKo-Grunsky § 2133 BGB Rn. 1, Palandt-Edenhofer § 2133 BGB Rn. 10.

bb. Die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers

Durch die gleichzeitige Anordnung einer Testamentsvollstreckung werden mehrere Ziele erreicht. Zu einem bleibt der Nachlaß handlungsfähig, auch wenn das behinderte Kind unter Vormundschaft steht. Dies geschieht durch die Steuerung derjenigen Person, die der Erblasser selbst hierfür ausgesucht hat. Zum anderen wird der Zugriff von Eigengläubigern, zu denen auch der Sozialhilfeträger gehört, erschwert (§ 2214 BGB).²⁶

1.) Die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers bei Vor- und Nacherbschaft

α. Bei einem Behindertentestament wird für gewöhnlich ein naher Angehöriger zum Testamentsvollstrecker für den Vorerbteil ernannt, der zugleich selbst Nacherbe des behinderten Kindes ist. In einem solchen Fall vereinigen sich die Verfügungsbefugnis des Vorerben und das Zustimmungrecht des Nacherben in der Person des Testamentsvollstreckers, so daß der Vorerben-Testamentsvollstrecker in seiner Verfügungsbefugnis nur nach dem Recht der Testamentsvollstreckung, namentlich in der unentgeltlichen Verfügung über Nachlaßgegenstände gem. § 2205 S.3 BGB, beschränkt ist.²⁷

β. Etwas anderes gilt indes, wenn die Person des Testamentsvollstreckers nicht mit der des Nacherben identisch ist. Bei einer solchen Konstellation herrscht Streit über den Umfang der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers.

Nach einer Ansicht unterliegt der Testamentsvollstrecker nur den Verfügungsbeschränkungen, die für die Testamentsvollstreckung gelten.²⁸ Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers verdrängt das des Vorerbens.

Andere vertreten hingegen die Ansicht, daß der Vorerben-Testamentsvollstrecker grundsätzlich den selben Verfügungsbeschränkungen unterliegt wie der Vorerbe für, den er ernannt ist.²⁹ Mit der Anordnung einer Nacherbenfolge werden dem Vorerben Verfügungsbeschränkungen im Interesse des Nacherben auferlegt. Diese müssen zum Schutz des Nacherben auch bei der Ernennung des Testamentsvollstreckers Bestand haben.

Um solche Zweifel über die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers zu vermeiden, ist zu empfehlen, daß die Testamentsvollstreckung ausdrücklich für den Vor- und Nacherben angeordnet wird, für letzteren aber nur bis zum Eintritt des Nacherbfalls (§ 2222 BGB).³⁰ Der Testamentsvollstrecker unterliegt damit nur den Beschränkungen des § 2205 S.3 BGB, weil er zugleich für den Vor- und Nacherben eingesetzt ist. Den für den Vorerben geltenden weitergehenden Beschränkungen gem. §§ 2113, 2114 BGB unterliegt er aufgrund seiner Position als Verwalter des Nacherben nicht.

2.) Ausschluß des Zugriffs auf die Nachlaßgegenstände

Mit der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers hat der Erbe keine Verfügungsmacht über die Nachlaßgegenstände, die unter der Verwaltung des Testamentsvollstreckers liegen (§ 2211 BGB). Der in der alleinigen Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers befindliche Nachlaß wird ein vom übrigen Vermögen des Erben abgetrenntes Son-

²⁶ van de Loo NJW 1990, 2852, 2855, Mayer in Bengel/Reimann 5. Kap. Rn. 354.

²⁷ Lange/Kuchinke § 31 VI 2a, MüKo-Brandner § 2222 BGB Rn. 9, BGHZ 40, 115, 119.

²⁸ Haegele/Winkler Rn. 215, Mayer in Bengel/Reimann 5. Kap Rn. 270, Palandt-Edenhofer § 2205 BGB Rn. 28.

²⁹ Brox ErbR Rn. 389, Lange/Kuchinke § 31 VI 2a, MüKo-Brandner § 2222 BGB Rn. 9.

³⁰ van de Loo NJW 1990, 2852, 2855.

dervermögen.³¹ Dadurch wird der Zugriff von Privatgläubigern auf den Nachlaß verhindert (§ 2214 BGB). Sozialhilferechtlich hat dies zur Folge, daß die einzelnen Nachlaßgegenstände kein verwertbares Vermögen i.S.d. § 88 I BSHG darstellen.³²

Der Testamentsvollstrecker ist allerdings zur Freigabe von Gegenständen verpflichtet, derer er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten nicht bedarf (§ 2217 I S.1 BGB). Dieser Anspruch ist pfändbar. Es empfiehlt sich daher den Testamentsvollstrecker von dieser Pflicht gem. § 2220 BGB zu befreien.

3.) Zugriff auf die Nachlaßfrüchte

Der Testamentsvollstrecker ist im Rahmen seiner Pflicht zur ordnungsgemäßen Nachlaßverwaltung gem. § 2216 I BGB verpflichtet, für den angemessenen Unterhalt des Erben zu sorgen, soweit dieser aus regelmäßigen Einkünften des Erben getragen werden kann.³³ Von dieser Pflicht kann der Erblasser den Testamentsvollstrecker auch nicht befreien (vgl. § 2220 BGB). Diesen Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker kann der Sozialhilfeträger gem. § 90 BSHG auf sich überleiten.³⁴

Der Erblasser kann aber seinerseits Anordnungen für die Verwaltung treffen, an die der Testamentsvollstrecker gebunden ist (§ 2216 II S.1 BGB). Diese dürften den allgemeinen Pflichten des Testamentsvollstreckers nach § 2216 I BGB vorgehen.³⁵ So ist der Erblasser berechtigt, den Testamentsvollstrecker anzuweisen, daß dem Erben die Reinerträge seines Erbteils nur in Gestalt von Naturalverpflichtungen herauszugeben sind und zwar selbst dann, wenn dadurch Gläubigerinteressen beeinträchtigt werden.³⁶ Es empfiehlt sich von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen und den Testamentsvollstrecker anzuweisen, Erträge aus dem der Verwaltung unterliegenden Erbteil nur für solche Leistungen an den Behinderten zu verwenden, auf die der Sozialhilfeträger nach §§ 88, 89, 76ff. BSHG keinen Zugriff hat.

Dies sind insbesondere Leistungen oder Zuwendungen, die nach der Verkehrsanschauung nicht als Einkünfte angesehen werden, wie z.B. Geburtstags- und Weihnachtsgeschenke, Zuwendungen, die zum geschützten Schonvermögen i.S.d. § 88 II BSHG gehören sowie die Finanzierung von Ferien- und Kuraufenthalten.³⁷

4.) Grenzen der Verwaltungsanordnungen

Es werden allerdings gegen solche einschränkende Verwaltungsanordnungen Bedenken angemeldet, die nur zu einer Thesaurierung des Nachlasses führen und dem Vorerben keinen eigenen Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker auf Auskehrung der Nachlaßfrüchte zusprechen.

So wird angenommen, daß dem bedürftigen Vorerben unabhängig von der Anordnung im Testament ein Anspruch auf Auskehrung der Nachlaßfrüchte zusteht, wenn diese zur Unterhaltsführung nötig sind.³⁸ Dieser Anspruch gehöre zwingend zur „ordnungsgemäßen Verwaltung“ i.S.d. § 2216 I BGB. Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker

³¹ MüKo-Brandner § 2111 BGB Rn. 2.

³² Haegele/Winkler Rn. 182, Karpen MittRhNotK 1988, 131, 149.

³³ Krampe AcP 191 (1991), 526, 539, Nieder NJW 1994, 1994, 1264, 1266, MüKo-Brandner § 2216 BGB Rn. 7.

³⁴ Eichenhofer JZ 1999, 226, 229, van de Loo NJW 1990, 2852, 2855.

³⁵ van de Loo 1990, 2852, 2855.

³⁶ MüKo-Brandner § 2216 BGB Rn. 15, Mayer in Bengel/Reimann 5. Kap. Rn. 356.

³⁷ Karpen MittRhNotK 1988, 131, 148, Nieder Rn. 1048.

³⁸ Krampe AcP 191 (1991), 526, 546, vgl. Otte JZ 1990, 1027, 1029.

hiervon auch nicht befreien (vgl. § 2220 BGB), was zur Folge hat, daß der Sozialhilfeträger einen grundsätzlich überleitbaren Anspruch gegen den Erben hat.³⁹

Gegen diese Meinung spricht indes der Wortlaut des § 2216 II S.1 BGB, nach der der Testamentsvollstrecker an die Anordnungen des Erblassers gebunden ist. Die Außerkraftsetzung einer solchen Erblasseranordnung ist ferner nur zulässig, wenn dadurch der Nachlaß erheblich gefährdet würde (§ 2216 II S.2 BGB). Dagegen führt die Auskehrung der Nachlaßfrüchte erst regelmäßig zu einer Beeinträchtigung des Nachlasses, so daß solche Anordnungen im Zweifel wirksam sind.⁴⁰

Etwas anderes kann statt dessen nur gelten, wenn durch die Anordnung die wirtschaftliche Existenz des behinderten Erben gefährdet wird, da auch dies „Gefährdung des Nachlasses“ i.S.d. § 2216 II S.2 BGB sein kann.⁴¹

Weitestgehend Einigkeit herrscht indessen darüber, daß die Nachlaßfrüchte, die nach Erfüllung der zusätzlichen Unterhaltsleistungen übrigbleiben, auf den Sozialhilfeträger überleitbar sind.⁴² Verwaltungsanordnungen können nicht dazu führen, daß zwar der sozialhilferechtlich unangreifbare Extra-Unterhaltsbedarf ausbezahlt ist, darüber hinausgehende Nachlaßfrüchte aber der Sozialhilfe entzogen werden, obwohl sie ohne Verwaltungsanordnung zur Deckung des Elementarunterhalts herangezogen werden müßten.⁴³ Da die Nachlaßfrüchte dem Vorerben zustehen, können sie auch nicht durch eine Verwaltungsanordnung für den Testamentsvollstrecker dem Vorerben völlig entzogen werden.⁴⁴ Damit würden sie ja letztlich nicht mehr dem Vorerben, sondern dem Nacherben gebühren. Dies würde aber dem Gesetz widersprechen.

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß ein völliger Ausschluß des Anspruchs des Vorerben auf die Auskehrung der Nutzungen zwecks ihrer Thesaurierung zugunsten des Nacherben unwirksam sein dürfte.⁴⁵

Die sichere Gestaltung besteht somit darin, den Testamentsvollstrecker zur jährlichen Auskehrung der nicht benötigten Erträge an die Sozialbehörde anzuweisen.⁴⁶

cc. Pfändung des Erbteils

Ein Restrisiko stellt allerdings die Pfändbarkeit des Erbteils – auch die des Vorerbteils – dar (arg. aus §§ 2233 I, 2376 I BGB). Der Testamentsvollstrecker ist dadurch aber nicht gehindert, weiter über die einzelnen Nachlaßgegenstände zu verfügen.⁴⁷ Im übrigen erlischt die Pfändung des Vorerbteils mit Eintritt des Nacherbfalls, da der Nacherbe nur Rechtsnachfolger des Erblassers und nicht des Vorerben ist. Der Nacherbe wird damit nicht Schuldner des Pfandgäubigers (§ 2139 BGB). Das gleiche gilt bei Pfändung von einzelnen der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaftsgegenständen (§ 2115 BGB).⁴⁸

³⁹ Krampe AcP 191 (1991), 526, 546.

⁴⁰ Eichenhofer JZ 1999, 226, 229.

⁴¹ Mayer in Bengel/Reimann 5. Kap. Rn. 356, Otte JZ 1990, 1027, 1029, Palandt-Edenhofer § 2216 BGB Rn.5.

⁴² Krampe AcP 191 (1991), 526, 551, Mayer DNotZ 1994, 347, 358, Nieder NJW 1994, 1264, 1266.

⁴³ Mayer DNotZ 1994, 347, 358.

⁴⁴ Otte JZ 1990, 1027, 1028.

⁴⁵ Haegele/Winkler Rn. 178, Nieder NJW 1994, 1264, 1266, Mayer in Bengel/Reimann 5. Kap. Rn. 356, van de Loo NJW 1990, 2852, 2855.

⁴⁶ Langenfeld S. 252 Rn. 332.

⁴⁷ Haegele/Winkler Rn. 182, Mayer in Bengel/Reimann 5. Kap. Rn. 355.

⁴⁸ van de Loo NJW 1990, 2852, 2853.

dd. Das Ausschlagungsrecht gem. § 2306 BGB

1.) Die vorstehend aufgezeigte Gestaltungsmöglichkeit kann nur mit Duldung des Behinderten realisiert werden. Da der Behinderte mit der Anordnung der Nacherbschaft und Testamentsvollstreckung beschwert ist, könnte er den erwünschten Erfolg durch Erbausschlagung und Pflichtteilsverlangen gem. § 2306 I S.2 BGB zunichte machen. Das Ausschlagungsrecht nach § 2306 I BGB ist somit die „rechtliche Achillesferse“ des Behindertentestaments.⁴⁹ Der Behinderte selbst wird allerdings aus Familiengründen häufig von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen.⁵⁰

2.) Anderes gilt aber wohl für den Betreuer des behinderten Kindes. Dieser kann mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts die Ausschlagung erklären und den Pflichtteil geltend machen (§§ 1793, 1902, 1908i, 1822 Nr. 2 BGB). Der Betreuer hat sich bei seiner Entscheidung allein nach den wohlverstandenen Interessen des behinderten Kindes zu richten und keinesfalls das Interesse der Allgemeinheit zu berücksichtigen, den Sozialaufwand gering zu halten. Er hat abzuwägen, ob der Behinderte infolge der Verfügung von Todes wegen neben den Sozialhilfeleistungen zusätzliche Annehmlichkeiten und Vorteile erhält oder ob der nach Geltendmachung des Pflichtteilsrechts gem. § 90 BSHG überleitbare Anspruch gegen den Erben eine günstigere Rechtsstellung verleiht.⁵¹

Es ist daher zu empfehlen, dem Behinderten so spürbare Vorteile gegenüber dem vom Sozialhilfeträger auf sich überleitbaren Pflichtteilsanspruch zuzuwenden, daß ihm oder seinem Pfleger oder Betreuer für das Unterlassen der Ausschlagung des beschwerten Erbteiles oder Vermächtnisses gute und rechtfertigende Gründe gegeben sind.⁵² Auch im Hinblick auf eine etwaige Sittenwidrigkeit ist von einer zu knapp gewählten Erbteilsbemessung abzuraten (z.B. 1% über den Pflichtteil).⁵³

3.) Von besonderer Bedeutung ist weiterhin, ob der Sozialhilfeträger das Ausschlagungsrecht gem. § 90 I BSHG auf sich überleiten kann, was zur Folge hätte, daß der Sozialhilfeträger nach erklärter Ausschlagung nunmehr auch den Pflichtteilsanspruch auf sich überleiten könnte.

Eine Mindermeinung⁵⁴ bejaht dies mit der Begründung, daß der Pflichtteilsanspruch bereits mit dem Erbfall entstehe (§ 2317 I BGB). Auch wenn das Ausschlagungsrecht als Gestaltungsrecht selbst nicht überleitbar ist, so kann doch der mit dem Erbfall entstandene Pflichtteilsanspruch übergeleitet werden, mit der Konsequenz, daß damit zugleich das Ausschlagungsrecht analog § 401 BGB auf den Sozialhilfeträger übergeht. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen.⁵⁵ Das Ausschlagungsrecht gründet sich allein in der Erbenstellung. Es ist ein höchstpersönliches Gestaltungsrecht und kein Anspruch i.S.d. § 90 I S.1 BSHG. Die Überleitung des Pflichtteilsanspruchs hat nicht zur Folge, daß das Ausschlagungsrecht als quasiakzessorisches Nebenrecht analog § 401 BGB auf den Sozialhilfeträger übergeht.⁵⁶ Die Überleitung des Ausschlagungsrechtes würde auch zu einer Wesensänderung der Entscheidungssituation des Gestaltungsrechtes führen, da

⁴⁹ Mayer DNotZ 1994, 347, 354.

⁵⁰ Karpen MittRhNotK 1988, 131, 149.

⁵¹ Bengel ZEV 1994, 29, 30, Nieder NJW 1994, 1264, 1265.

⁵² Karpen MittRhNotK 1988, 131, 150, Nieder NJW 1994, 1264, 1265, Weirich Rn. 685.

⁵³ Tanck/Kerscher/Krug § 21 Rn. 10.

⁵⁴ van de Loo NJW 1990, 2852, 2856.

⁵⁵ h.M.: Kuchinke FamRZ 1992, 362, 363, Mayer DNotZ 1994, 347, 355, Haegeler/Winkler Rn. 181, Weirich Rn. 677, Nieder NJW 1994, 1264, 1266.

⁵⁶ Krampe AcP 191 (1991), 526, 531, Kuchinke FamRZ 1992, 362, 363, NJW Nieder 1994, 1264, 1266.

sich der Pflichtteilsberechtigte von ganz anderen Kriterien leiten läßt als der Sozialhilfeträger, der primär nach sozialrechtlichen Gesichtspunkten seine Entscheidung trifft.⁵⁷

4.) Denkbar ist jedoch, daß der Sozialhilfeträger den Behinderten zur Ausschlagung der Erbschaft auffordert. Kommt der Behinderte der Aufforderung nicht nach, so besteht für ihn bei der Hilfe zum Lebensunterhalt allenfalls das Risiko der Einschränkung dieser Hilfe auf das Unerläßliche (§ 25 II BSHG). Dieses Risiko kann allerdings eingeschränkt werden, wenn man dem Behinderten genügend Anreiz gibt, nicht auszuschlagen, da sinnvolle und vernünftige Lebensentscheidungen des Hilfeempfängers nicht vorwerfbar i.S.d. § 25 II BSHG sind.⁵⁸

Bei der Heimpflege als Hilfe in besonderen Lebenslagen kommen solche Einschränkungen der Hilfe gem. § 25 BSHG ohnehin nicht in Betracht.⁵⁹

b. Vermächtnisanordnung

Die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft führt zu einer gesamthänderischen Bindung des Nachlasses. Dieser Nachteil soll durch die Zuwendung eines Vermächtnisses vermieden werden. Hierdurch wird eine vom übrigen Nachlaß unabhängige Vermögensmasse geschaffen, die ausschließlich für die Belange des Behinderten eingesetzt werden kann. Die klare Vermögenstrennung dürfte Interessenskollisionen zwischen den Behinderten und den übrigen Bedachten verhindern helfen.

Bei der Anordnung eines Vermächtnisses ist erneut der Zusatzpflichtteil gem. §§ 2307, 2305 BGB als überleitbarer Anspruch i.S.d. § 90 BSHG zu berücksichtigen. Die Überleitung läßt sich vermeiden, indem der Wert des Vermächtnisses mindestens dem des Pflichtteilsanspruchs erreicht, was vom Erblasser allerdings eine kaum zu treffende Zukunftsprognose hinsichtlich des Wertes seines künftigen Nachlasses verlangt. Ein Ausweg hierbei ist, dem Behinderten ein sog. Quotenvermächtnis zuzuwenden. Dadurch erhält der Behinderte einen Bruchteil des Nachlasswertes, welcher zumindest der Quote seines Pflichtteiles entspricht.⁶⁰

aa. Vermächtnisgegenstand

1.) Als Vermächtniszuwendungen kommen insbesondere solche Leistungen in Betracht, die nicht oder zumindest nicht in voller Höhe dem Zugriff des Sozialhilfeträgers unterliegen (vgl. § 88 II BSHG).

2.) Ferner ist an die Einräumung eines Altenteils zu denken, das auch durch letztwillige Verfügungen vermacht werden kann.⁶¹ Ein Altenteil ist der Inbegriff dinglich gesicherter Nutzungsrechte und Leistungen, die in Verbindung mit einer Grundstücksübertragung vereinbart werden, der allgemeinen leiblichen und persönlichen Versorgung des Berechtigten dienen und eine im allgemeinen lebenslängliche Verbindung des Berechtigten mit dem belasteten Grundstück bezwecken.⁶² Bestandteil ist üblicherweise die Übernahme von Wart- und Pflegeleistungen des Berechtigten sowie die Einräumung eines Wohnungsrechts. Die Gewährung von Wart und Pflege aufgrund vertraglicher Pflichten schließt die Zahlung eines Pflegegeldes gem. § 69 BSHG nicht aus. Jedoch ist

⁵⁷ Mayer DNotZ 1994, 347, 355.

⁵⁸ van de Loo NJW 1990, 2852, 2856, Schellhorn/Jirasek/Seipp § 25 Rn. 19 BSHG.

⁵⁹ Karpen MittRhNotK 1988, 131, 149, Nieder NJW 1994, 1264, 1266, BGHZ 123, 368, 379.

⁶⁰ Nieder NJW 1994, 1264, 1265.

⁶¹ van de Loo NJW 1990, 2850, 2853.

⁶² RGZ 162, 52, BGH NJW 1981, 2568.

die gewährte Leistung als Einkommen des Hilfeempfängers i.S.d. §§ 76 ff. BSHG anzurechnen.⁶³ Der Hilfeempfänger muß sich diese geldwerte Leistung wegen § 85 I Nr. 1 BSHG auch unterhalb der Einkommensgrenze anrechnen lassen. Eine Anrechnung kann in Anlehnung an § 69 V S.2 a.F. BSHG aber nur in Höhe von 50% erfolgen.⁶⁴

Schließlich gehört zum Altenteil regelmäßig und wesentlich die Einräumung eines Wohnungsrechts. Wird der Behinderte infolge seiner Pflegebedürftigkeit in einem Heim untergebracht, stellt sich die Frage, ob der Sozialhilfeträger das Wohnungsrecht auf sich überleiten kann. Gem. Art. 96 EGBGB, Art. 15 § 9 II und III PrAGBG wandelt sich der in einem Leibgedingsvertrag vereinbarte Anspruch auf Wohnungsgewährung und Erhalt von Dienstleistungen in einen Anspruch auf Zahlung einer Geldrente, wenn der Berechtigte ohne eigenes Verschulden genötigt ist, das Grundstück dauernd zu verlassen. Die Fälle eines aus Alters- oder Gesundheitsgründen notwendigen Heimaufenthaltes werden von dieser Vorschrift erfaßt. Dieser Rentenzahlungsanspruch ist gem. § 90 BSHG überleitungsfähig.⁶⁵

Es empfiehlt sich daher, das Vermächtnis so zu verfassen, daß der Verpflichtete die Realleistungen nur für die Zeit des Aufenthaltes des Berechtigten auf dem Grundstück zu erbringen hat. Bei einem unverschuldeten Wegzug des Berechtigten sollen die Ansprüche wegfallen. Diese vertragliche Regelung genießt Vorrang vor den gesetzlichen Bestimmungen. Ein überleitungsfähiger Anspruch entsteht damit nicht.⁶⁶

3.) Ein gesondertes Problem stellt die Überleitung von Wohnungsrechten dar, die nicht im Zusammenhang mit einem Altenteil gewährt sind. Bei der Prüfung der Überleitbarkeit des Anspruchs ist dabei zwingend zwischen schuldrechtlichen und dinglichen Wohnungsrecht zu unterscheiden.

Eine Überleitbarkeit des dinglichen Wohnungsrechts scheitert daran, daß es kein Anspruch i.S.d. § 194 I BGB ist, da es sich um ein absolutes Recht handelt, welches gegen jedermann gerichtet ist. Auch das schuldrechtliche Wohnungsrecht ist nicht überleitbar, weil es an die Person des berechtigten Behinderten gebunden ist und solche höchstpersönliche Rechte nicht übertragbar sind.⁶⁷

bb. Anordnung eines Nachvermächtnisses

Der Nachteil einer einfachen Vermächtnisanordnung ist, daß der Sozialhilfeträger auf den Vermächtnisgegenstand zugreifen kann, soweit er nicht dem Schonvermögen angehört. Sogar bei einer angeordneten Testamentsvollstreckung zu Lebzeiten des Behinderten erfolgt der Zugriff spätestens mit Beendigung der Testamentsvollstreckung. Der Sozialhilfeträger kann somit gem. § 92c BSHG bei Tod des Vermächtnisnehmers und damit gleichzeitiger Beendigung der Testamentsvollstreckung Rückgriff nehmen.

Um diesen Zugriff zu verhindern, wird häufig die Anordnung eines Nachvermächtnisses vorgeschlagen.⁶⁸ Obwohl der Vorvermächtnisnehmer gem. § 2191 I BGB als beschwert gilt, d.h. der Nachvermächtnisnehmer leitet sein Recht nicht unmittelbar vom Erblasser ab, greift die sozialhilferechtliche Erbenhaftung gem. § 92c BSHG zu Lasten des Nachvermächtnisnehmers nicht ein. Gegen eine Anwendung des § 92c BSHG spricht der

⁶³ BVerwGE 29, 108, Karpen MittRhNotK 1988, 131, 143.

⁶⁴ Karpen MittRhNotK 1988, 131, 143, van de Loo NJW 1990, 2850, 2853.

⁶⁵ Karpen MittRhNotK 1988, 131, 144.

⁶⁶ van de Loo NJW 1990, 2850, 2853.

⁶⁷ Karpen MittRhNotK 1988, 131, 146, Weirich Rn. 681.

⁶⁸ Bengel in Dittmann/Reimann/Bengel D Rn. 277, Karpen MittRhNotK 1988, 131, 138, Nieder NJW 1994, 1264, 1265, van de Loo NJW 1990, 2852, 2854.

klare Wortlaut dieser Vorschrift, der von Erben spricht. Eine Haftung des Nachvermächtnisnehmers ist daher ausgeschlossen.⁶⁹

Gegen diese Konstruktion zum Schutze des Nachvermächtnisnehmers werden allerdings Zweifel hervorgebracht.⁷⁰ Es müssen nämlich die Unterschiede zur Vor- und Nacherbschaft beachtet werden. Das Nachvermächtnis ist beim Tod des Behinderten als Vorvermächtnisnehmer gem. § 2191 BGB eine Belastung des Vorvermächtnisses. Dies bedeutet, daß der Nachvermächtnisnehmer einen Anspruch gegen den Vorvermächtnisnehmer auf Erfüllung des Nachvermächtnisses hat.⁷¹ Da der behinderte Vorvermächtnisnehmer im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs des Nachvermächtnisnehmers gestorben ist, kann er selbst diesen Anspruch nicht mehr erfüllen. Da es keinen Vonselbsterwerb wie bei der Vor- und Nacherbschaft beim Vermächtnis und auch nicht beim Nachvermächtnis (vgl. § 2174 BGB) gibt, muß sich der Nachvermächtnisnehmer an die Erben des Behinderten als Eigentümer bzw. Inhaber des Vermächtnisgegenstandes wenden und Erfüllung seines Vermächtnisses verlangen.

Der Vermächtnisgegenstand fällt beim Tod des Vermächtnisnehmers in dessen Nachlaß, so daß der Zugriff nach § 92c BSHG eröffnet ist.⁷² Der Anspruch auf Kostenersatz konkurriert mit dem Anspruch des Nachvermächtnisnehmers auf Erfüllung seines Vermächtnisses.⁷³

Der Nachlaß des behinderten Kindes wird i.d.R. verschuldet sein. Ein Nachlaßkonkurs bleibt somit unumgänglich. Man könnte in dieser Situation an eine Anwendung des § 1980 I S.3 BGB denken, wonach bei der Bemessung der Zulänglichkeit des Nachlasses die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen außer Betracht bleiben, so daß kein Nachlaßkonkurs gem. § 1980 I S.1 BGB beantragt werden muß. Allerdings ist das Nachvermächtnis keine „Verbindlichkeit aus dem Vermächtnis“ des behinderten Erblassers, sondern nur eine schuldrechtliche Verbindlichkeit. § 1980 I S.3 BGB ist mithin unanwendbar.⁷⁴

Kommt es zum Konkurs, stehen sich beide Ansprüche gleichwertig gegenüber. Ein Vorrang des Sozialhilfeträgers besteht nicht.⁷⁵ Da praktisch das vom Behinderten hinterlassene Vermögen der Vermögensgegenstand ist, werden sich Sozialhilfeträger und Nachvermächtnisnehmer diesen quotenmäßig teilen.

Aus diesen Gründen ist daher im Zweifelsfalle von der Vermächtnislösung abzuraten, zumal es zu diesem Komplex noch keine obergerichtliche Rechtsprechung gibt und eine erweiternde Interpretation des Begriffs Erbe auf Nachvermächtnisnehmer möglich sein kann.⁷⁶

c. Ehegattenverfügung

Errichten die Eltern des Behinderten einen Ehegattenerbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament, so ist erneut der Pflichtteilsanspruch des Behinderten als überleitbarer Anspruch i.S.d. § 90 BSHG zu beachten.

Werden derartige Verfügungen von Todes wegen mit einer Pflichtteilsstrafklausel verbunden, wonach der Behinderte für den Fall, daß er beim Tode des Erstversterbenden den Pflichtteil verlangt, auch beim Tode des länger lebenden Ehegatten nur den

⁶⁹ Bengel ZEV 1994, 29, 30, Schellhorn/Jirasek/Seipp § 92c BSHG Rn. 1.

⁷⁰ siehe dazu ausführlich: Damrau ZEV 1998, 1ff.

⁷¹ Damrau ZEV 1998, 1, 2, MüKo-Schlichting § 2191 BGB Rn. 9, Palandt-Edenhofer § 2191 Rn. 1.

⁷² Tanck/Kerscher/Krug § 21 Rn. 11.

⁷³ Damrau ZEV 1998, 1, 3, Förster § 10 Rn. 11, Tanck/Kerscher/Krug § 21 Rn. 11.

⁷⁴ Damrau ZEV 1998, 1, 3.

⁷⁵ Damrau, ZEV 1998, 1, 3 Förster § 10 Rn. 11, Tanck/Kerscher/Krug § 21 Rn. 11.

⁷⁶ Bengel ZEV 1994, 29, 30.

Pflichtteil erhalten soll, so wird der Sozialhilfeträger von einer Überleitung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Tode des Erstversterbenden je nach Lage des Einzelfalles Abstand nehmen müssen. Das BVerwG⁷⁷ sieht in einem solchen Fall den Grundsatz der Nachhaltigkeit der Hilfe als verletzt an, wenn abzusehen ist, daß der Hilfeempfänger auf längere Sicht gesehen ohne Überleitung des Pflichtteilsanspruchs seinen Bedarf aus eigenen Mitteln decken kann, nämlich aus dem Erbe des länger lebenden Elternteils. Hierfür muß allerdings die berechtigte Aussicht bestehen, daß der noch lebende Ehegatte das Vermögen erhält und auch entsprechend der nach dem erstversterbenden eröffneten Verfügung testiert.⁷⁸ Davon ist bei einer erbvertragsmäßigen oder wechselbezüglichen Gebundenheit auszugehen.

Schließlich läßt sich die Gefahr der Überleitung des Pflichtteilsanspruch auch dadurch verringern, daß der Behinderte schon beim ersten Erbfall mit einem seiner Pflichtteilsquote nach dem erstversterbenden Elternteil übersteigenden Pflichtteils bedacht wird.⁷⁹

Im übrigen wird auf die Kombination der Vor- und Nacherbschaft mit einer Dauertestamentsvollstreckung verwiesen, um etwaige Rückgriffe des Sozialhilfeträgers zu vermeiden.

d. Auflage

Kein geeignetes Mittel den Rückgriff des Sozialhilfeträgers abzuwehren, ist dem Behinderten nicht zum Erben oder Miterben einzusetzen oder ihm ein Vermächtnis zuwenden, sondern die Erben mit der Auflage zu beschweren, den Behinderten seine Lebensqualität verbessernde laufende Zuwendungen nach beliebigen Ermessen zukommen zu lassen (§§ 2192, 2156, 315 ff. BGB), die von einer Inanspruchnahme durch den Sozialhilfeträger ausgeschlossen sind.⁸⁰ Zwar fehlt es bei einer Auflage an einem Anspruch (§ 1940 BGB) des Behinderten auf die angeordnete Leistung, so daß insoweit kein überleitungsfähiger Anspruch besteht. Die Auflage läßt jedoch den Pflichtteilsanspruch in voller Höhe entstehen. Der Auflagebegünstigte ist kein Erbe, so daß eine Beschränkung des Anspruchs auf Pflichtteilergänzungen gem. § 2305 BGB nicht in Betracht kommt. Auch eine entsprechende Anwendung des § 2307 I S.2 BGB ist nicht möglich, da bei Auflagen eine Ausschlagung nicht in Betracht kommt.⁸¹ Der Sozialhilfeträger wird daher den Pflichtteilsanspruch zwangsläufig auf sich überleiten.

III. Sittenwidrigkeit

Da das Behindertentestament regelmäßig das Ziel hat, das Familienvermögen des Behinderten zu erhalten und den drohenden Zugriff des Sozialhilfeträgers zu verhindern, stellte sich in jüngerer Zeit die Frage, ob solche letztwilligen Verfügungen wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sind. Die Sittenwidrigkeit würde vorliegen, wenn das Rechtsgeschäft gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.⁸²

Die mögliche Sittenwidrigkeit beurteilt sich zum einen nach dem privatrechtlichen Verhältnis des Behinderten zu den anderen Erben und zum anderen unter dem öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkt des Verhältnisses zu dem Sozialhilfeträger.

⁷⁷ BVerwGE 34, 219, 224.

⁷⁸ Karpen MittRhNotK 1988, 131, 149, van de Loo NJW 1990, 2852, 2856.

⁷⁹ Nieder NJW 1994, 1264, 1265.

⁸⁰ Bengel ZEV 1994, 29, 30, Nieder NJW 1994, 1264, 1265, Otte JZ 1990, 1027, Weirich Rn 684.

⁸¹ MüKo-Frank § 2307 Rn.8.

⁸² Brox ErbR Rn. 258, Palandt-Heinrichs § 138 BGB Rn. 2, BGHZ 10, 228, 232; 69, 295, 297.

1. Benachteiligung des behinderten Kindes

Die Sittenwidrigkeit könnte sich zum einen aus dem Umstand ergeben, daß der Behinderte durch die Beschränkungen der Vor- und Nacherbschaft sowie der Testamentsvollstreckung unangemessen benachteiligt wird.

Hierbei ist zu beachten, daß das Erbrecht des deutschen BGB vom Grundsatz der Testierfreiheit beherrscht ist, der unter dem Schutz der Erbrechtsgarantie des Art. 14 I S.1 GG steht.⁸³ Die Testierfreiheit gewährleistet gewillkürte Vermögensübertragungen von Todes wegen, das Recht auf Bestimmung des Vermögensnachfolgers, das Recht, das Vermögen rechtlich und wirtschaftlich aufzuteilen, mehrere Erben einzusetzen und deren Anteile zu bestimmen, sowie sonstige testamentarische Verfügungen vorzunehmen.⁸⁴

Die damit im Erbrecht gewährleistete Privatautonomie findet ihre sozialstaatlich und durch Art. 6 GG legitimierte Grenze am Pflichtteilsrecht, das den nächsten Angehörigen einen Mindestanteil an dem Vermögen des Erblassers sichert.⁸⁵

Diese Grenze bleibt gewahrt, da es dem Behinderten gem. § 2306 I S.2 BGB unbenommen bleibt den Pflichtteil zu verlangen und damit die Beschränkungen zu beseitigen.

Daneben kann die Individualfreiheit durch § 138 BGB eingeschränkt werden. Dem steht nicht entgegen, daß es sich bei § 138 I BGB um eine Generalklausel handelt.⁸⁶ Die Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB muß allerdings besonders begründet sein. Sie könnte sich aus dem Inhalt oder dem verfolgten Zweck ergeben.

Der Erblasser ist bestrebt seinem behinderten Kind zusätzliche Annehmlichkeiten zu verschaffen, die über die Leistungen des BSHG hinausgehen. Ein solches Bestreben ist nicht anstößig, sondern entspricht der sittlichen Verantwortung der Eltern für ihre Kinder.⁸⁷

Zum Teil wird angenommen, daß dem Behinderten durch solche Konstruktionen das „Stigma der Sozialbedürftigkeit“ aufgedrückt wird.⁸⁸ Dies mag nicht überzeugen, da durch die letztwilligen Verfügungen eine Steigerung der Lebensqualität des Behinderten auf Dauer erreicht wird.

2. Ausschluß des Zugriffs des Sozialhilfeträgers

a. Umgehung des § 92c BSHG

Durch die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft wird die Anwendung des § 92c BSHG vermieden, da der Nacherbe nicht formell Erbe des Vorerben wird.

Das LG Konstanz⁸⁹ hielt eine solche Anordnung für nichtig. Denn dadurch wird der in §§ 2 BSHG, § 9 SGB I normierte Nachrang der Sozialhilfe in einer gegen die guten

⁸³ BGHZ 111, 36, 39; 123, 368, 371, BVerwGE 67, 329, 341.

⁸⁴ Pieroth NJW 1993, 173, 176, BVerwGE 58, 377, 398.

⁸⁵ BGHZ 123, 368, 371.

⁸⁶ BGHZ 123, 368, 377, Pieroth NJW 1993, 173, 177, BVerfGE 8, 274, 326; 13, 153, 161.

⁸⁷ BGHZ 111, 36, 40.

⁸⁸ Mayer DNotZ 1994, 347, 351.

⁸⁹ LG Konstanz FamRZ 1992, 360.

Sitten verstoßenden Weise umgangen, indem der Zugriff des Sozialhilfeträgers auf den Erbteil „vereitelt“ wird.

Das Urteil des LG Konstanz ist allerdings abzulehnen. Zum einen setzt eine Umgehungsunrichtigkeit zunächst einmal ein Umgehungsverbot voraus. Dem Sozialhilferecht kann aber weder ein gesetzliches Verbot einer solchen Gestaltung noch nur ein Schutzzweck des Inhalts entnommen werden, daß dem Träger der Sozialhilfe der Zugriff auf das Vermögen der Eltern eines behinderten Hilfeempfängers spätestens bei dessen Tod gesichert werden muß.⁹⁰

Wenn der Erbenbegriff in § 92c BSHG dem des bürgerlichen Gesetzbuches entspricht, kann eine zivilrechtlich zulässige Testamentsgestaltung, nämlich die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft, nicht deshalb sittenwidrig sein, weil der Erblasser damit dem drohenden Zugriff nach § 92c BSHG entgehen will.⁹¹

Von einer rechtswidrigen Umgehung des § 92c BSHG kann ohnehin nicht gesprochen werden, da das Vermögen der Eltern nicht der Kostenersatzpflicht der Erben des Hilfeempfängers und seines Ehegatten unterliegt.⁹²

b. Verstoß gegen das Nachrangprinzip

Daneben wird die Sittenwidrigkeit wegen Verstoßes gegen das sozialhilferechtliche Nachrangprinzip diskutiert. Hierbei wird insbesondere auf die Sittenwidrigkeit eines Unterhaltsverzichts unter Ehegatten verwiesen.⁹³ Ein nahehegender Unterhaltsverzicht ist allerdings nicht mit dem Behindertentestament vergleichbar, da der Behinderte seine Hilfsbedürftigkeit nicht selbst verschuldet hat.⁹⁴

Entscheidend ist vielmehr, ob die Eltern des behinderten Kindes verpflichtet sind, ihr Vermögen durch letztwillige Verfügung so weiter zu leiten, daß die Inanspruchnahme von Sozialhilfe durch das Kind möglichst gering bleibt. Es fehlt an einer solchen allgemeinen Rechtsüberzeugung, daß für die Eltern von behinderten Kindern ab einer bestimmten Nachlaßgröße die Verpflichtung besteht, mehr als den Pflichtteil zu hinterlassen, damit das Kind nicht der Allgemeinheit zur Last fällt.⁹⁵ Der Gesetzgeber hat dem Erblasser in § 2338 BGB sogar Wege gewiesen, wie er das Familienvermögen vor dem Zugriff der Gläubiger eines überschuldeten Pflichtteilsberechtigten retten kann.⁹⁶ Es wäre zuviel verlangt, von den Eltern zu erwarten, daß sie die „zuvörderst“ ihnen zukommende sittliche Verantwortung für das Wohl des Kindes hinter dem Interesse der öffentlichen Hand an einer Teildeckung ihrer Kosten stellen würden.⁹⁷

Außerdem ist das Nachrangprinzip durch die Regelungen des BSHG in erheblichen Maße durchbrochen und hat damit weithin an Prägekraft verloren.⁹⁸ So werden durchsetzbare Unterhaltsansprüche gegen Verwandte gem. § 91 I, III BSHG nur in eng begrenzten Umfang übergeleitet. Es wäre ein Wertungswiderspruch, wenn den Eltern zunächst das Geld belassen würde und hinterher das angesparte Geld der Eltern mittels §

⁹⁰ Kuchinke FamRZ 1992, 362, BGHZ 123, 368, 374.

⁹¹ Krampe AcP 191 (1991), 526, 561.

⁹² BGHZ 123, 368, 375.

⁹³ vgl. BGHZ 86, 82, 86.

⁹⁴ Sasse JA 1996, 160, 164, Otte JZ 1990, 1027, 1028, BGHZ 111, 36, 41.

⁹⁵ Krampe AcP 191 (1991), 526, 559, Schubert JR 1991, 106, 107, OVG Bautzen ZEV 1997, 344, 355.

⁹⁶ BGHZ 123, 368, 378.

⁹⁷ BGHZ 111, 36, 42.

⁹⁸ Sasse JA 1996, 160, 164, Schubert JR 1991, 106, 107, BGHZ 123, 368, 376.

138 I BGB gerade deshalb erbrechtlich auf den Behinderten überleiten zu wollen, damit die Sozialbehörde darauf zugreifen kann.⁹⁹

Darüber hinaus berücksichtigt das Gesetz mit dem Familienlastenausgleich ein dem Subsidiaritätsgrundsatz gegenläufiges Prinzip. Ausgangslage hierfür ist die wirtschaftliche Gleichstellung von Eltern mit behinderten Kindern mit den Eltern nicht behinderter Kinder. Eltern behinderter Kinder sollen nicht durch die wirtschaftlichen Belastungen in ihrer Mitwirkung an der Eingliederung ihrer Kinder in die Gesellschaft erlahmen.¹⁰⁰ Deutlich wird dies in § 43 II BSHG, wonach dem Gedanken Rechnung getragen wird, daß neben der Familie die Gesellschaft unmittelbar für die Kosten der Kinder aufzukommen hat, um so eine gerechte Verteilung der wirtschaftlichen Belastung zu erreichen.

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß der Subsidiaritätsgrundsatz keinen Vorrang vor der grundrechtlich geschützten Testierfreiheit hat.¹⁰¹ Dieser darf ihm auch nicht durch § 138 I BGB verschafft werden. Eine Einschränkung der Testierfreiheit durch § 138 I BGB darf nur erfolgen, wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit auf eine klare, deutlich umrissene Wertung des Gesetzgebers oder allgemeine Rechtsauffassung stützen läßt.¹⁰² Das bloße Vorbesteuern des Nachlasses am Sozialhilfeträger reicht hierfür aber nicht aus.

3. Prognose bzgl. der Sittenwidrigkeit

Der BGH hat durch seine Grundsatzentscheidung¹⁰³ vom 21.10.1993 den Streit über die Sittenwidrigkeit der sog. Behindertentestamente weitestgehend beigelegt. Eine Sittenwidrigkeit kommt danach auch bei größeren Vermögen – im entschiedenen Fall betrug der gesamte Nachlaß 460.000 DM – nicht mehr in Betracht.

Allerdings hat der BGH ausdrücklich offengelassen, in welchen Umfang der Sozialhilfeträger einen Anspruch auf Zugriff der Nachlaßfrüchte hat.

Es ist davon auszugehen, daß in Fällen, in denen die Erträge der Vorerbschaft ausreichen, den Lebensunterhalt zu bestreiten und dem Behinderten zusätzliche Annehmlichkeiten zukommen zu lassen, Testamentsanordnungen, nach denen der Testamentsvollstrecker nur solche Früchte auskehren darf, die nicht auf die Sozialhilfeleistungen anrechenbar sind, für sittenwidrig gehalten werden.¹⁰⁴

Solche Fälle werden jedoch in der Praxis eher selten vorkommen, da der Wert des Nachlasses außerordentlich hoch sein müßte. Bedenkt man, daß ein monatlicher Heimplatz zur Zeit etwa 5.000 DM beträgt, so müßte der Zinsertrag allein des dem Behinderten vererbten Vermögens jährlich 60.000 DM betragen. Geht man weiterhin davon aus, daß das behinderte Kind noch Geschwister hat, die mit einer höheren Erbquote bedacht werden, wird ersichtlich welche Summe erforderlich ist. Überdies wird der dem Behinderten hinterlassene Erbteil nur knapp über der Pflichtteilsquote liegen.

⁹⁹ Sasse JA 1996, 160, 164, BGHZ 111, 36, 42.

¹⁰⁰ BGHZ 123, 368, 376, BVerwGE 48,228, 234.

¹⁰¹ Kuchinke FamRZ 1992, 362, Schubert JR 1991, 106, Pieroth NJW 1993, 173, 176.

¹⁰² BGHZ 123, 368, 378.

¹⁰³ BGHZ 123, 368ff.

¹⁰⁴ vgl. Förster § 10 Rn. 10, Nieder NJW 1994, 1264, 1267, Sasse JA 1996, 160, 164, Schubert JR 1991, 106, 107.

Beachtet man allerdings die aufgezeigten Grenzen (s. Seite 7/8), so kommt das Verdikt der Sittenwidrigkeit nicht schon deshalb zum Tragen, weil der Erblasser mit der Verfügung von Todes wegen den Nachlaß am Sozialhilfeträger vorbeisteuern will.

IV. Fazit

Seit der Grundsatzentscheidung des BGH dürfte Standarttyp einer Verfügung von Todes wegen sein, dem Behinderten mit einem seiner Pflichtteilsquote übersteigenden Erbteil zum nicht befreiten Vorerben einzusetzen und einen Dauer-Testamentsvollstrecker anzuweisen, ihm aus den Erträgen des Erbteils nicht überleitbare Extraleistungen zu gewähren.

Sollten die Erträge allerdings nicht aufgebraucht werden können, so ist eine Überleitung unumgänglich.

Einzeltestament bei einem behinderten Erben

Verhandelt am ... in ...
vor dem Notar ...
ist erschienen:

Frau E., wohnhaft in ...

ausgewiesen zu meiner Gewißheit durch Vorlage ihres amtlichen Personalausweises und nach meiner Überzeugung voll geschäfts- und testierfähig.

Sie erklärt zur öffentlichen Urkunde folgendes:

I. Vorbemerkung

Ich, E., bin am ... in ... geboren. Die Namen meiner Eltern lauten Ich bin deutsche Staatsangehörige.

Ich bin verwitwet und habe zwei Kinder: den Sohn ..., geb. am ... und die Tochter ..., geb. am Die Tochter ... ist geistig und körperlich behindert.

In der freien Verfügung über mein Vermögen bin ich in keiner Weise beschränkt, weder durch einen Erbvertrag noch durch ein gemeinschaftliches Testament.

Vorsorglich hebe ich alle bisher von mir getroffenen Verfügungen von Todes wegen in vollem Umfang auf.

II. Erbeinsetzung

Ich setze hiermit meinen Sohn ... mit einer Quote von 72 % und meine Tochter ... mit einer Quote von 28 % zu meinen Erben ein.

Sollte einer der genannten Erben nicht zur Erbfolge gelangen, bestimme ich als Ersatzerben den jeweils anderen.

Meine Tochter ... ist dabei stets nur

Vorerbin.

Der Vorerbe wird von den Beschränkungen der § 2113 ff. BGB ausdrücklich **nicht** befreit.

Nacherbe wird mein SohnDer Nacherbfall tritt mit dem Tod des Vorerben ein. Für den Fall, daß mein Sohn ... nicht Nacherbe werden will oder kann, also beispielsweise ausschlägt oder vorverstirbt, treten an seine Stelle als

Ersatzerben

jeweils seine Abkömmlinge zu unter sich gleichen Stammanteilen gemäß den Regeln der gesetzlichen Erbfolge. Die Ersatznacherbeinsetzung ist jedoch auflösend bedingt für den Fall, daß der Nacherbe sein Anwartschaftsrecht auf den Vorerben überträgt, so daß also in diesem Fall die Ersatznacherbfolge erlischt.

II. Testamentsvollstreckung

Mit Rücksicht darauf, daß meine Tochter ... wegen ihrer geistigen und körperlichen Behinderung nicht in der Lage sein wird, für ihre Angelegenheiten selbst zu sorgen, insbesondere die ihr durch den jeweiligen Erbfall zufallenden Vermögenswerte selbst zu verwalten, ordne ich für die Verwaltung des Erbteils meiner Tochter ... Testamentsvollstreckung im Sinne einer Dauervollstreckung gemäß § 2209 BGB an.

Zum Testamentsvollstrecker über den Erbteil meiner Tochter ... benenne ich meinen Sohn Ersatztestamentsvollstrecker für den Fall, daß der vorgenannte Testamentsvollstrecker vor oder nach der Annahme des Amtes wegfällt – auch durch eigene Kündigung – soll ein vom Nachlaßgericht ausgewählter Testamentsvollstrecker sein.

Eine Vergütung erhält mein Sohn ... als Testamentsvollstrecker nicht. Der Testamentsvollstrecker ist von den Einschränkungen des § 181 BGB befreit.

Der jeweilige Testamentsvollstrecker hat alle Verwaltungsrechte auszuüben, die meiner Tochter ... als Vorerbin zustehen. Über den Erbteil selbst darf der Testamentsvollstrecker nicht verfügen. Der Testamentsvollstrecker hat den Erbteil meiner Tochter ... einschließlich der Erträge und Nutzungen zu verwalten. Für den jeweiligen Testamentsvollstrecker ordne ich folgende verbindliche Verwaltungsanordnung gemäß § 2216 II BGB an:

Der jeweilige Testamentsvollstrecker hat meiner Tochter ... die ihr gebührenden anteiligen jährlichen Reinerträge (Nutzungen) des Nachlasses, insbesondere Zinserträge, Dividenden- und Gewinnanteile und etwaige sonstige Gebrauchsvorteile und Früchte von Nachlaßgegenständen, **nur** in Form folgender Leistungen zuzuwenden:

- Überlassung von Geldbeträgen in Höhe des jeweiligen Rahmens, der nach den jeweiligen einschlägigen Gesetzen einem Behinderten maximal zur freien Verfügung stehen kann;
- Geschenke zu Weihnachten, Ostern, Pfingsten und zu ihrem Geburtstag, wobei bei der Auswahl der Geschenke auf die Bedürfnisse und Wünsche meiner Tochter ... ausdrücklich einzugehen ist;
- Zuschüsse zur Finanzierung eines Urlaubs und zur Urlaubsgestaltung;
- Zuwendungen zur Befriedigung geistiger und künstlerischer Bedürfnisse , wozu insbesondere auch die Ausübung von Hobbies und Liebhabereien zählt, gerade im Hinblick auf die Stärkung ihrer Psyche;
- ärztliche Behandlung, Therapien und Medikamente, die von der Krankenkasse nicht oder nicht vollständig bezahlt werden, z.B. Brille, Zahnersatz, Kuraufenthalte;
- regelmäßig modische Kleidung sowie Bettwäsche;
- Besuche bei Verwandten und Freunden.

Für welche der genannten Leistungen die Reinerträge verwendet werden sollen, ob diese also auf sämtliche Leistungen gleichmäßig oder nach einem bestimmten Schlüssel verteilt werden oder ob diese in einem Jahr nur für eine oder mehrere der genannten Leistungen verwendet werden, entscheidet der jeweilige Testamentsvollstrecker nach billigem Ermessen, wobei er allerdings immer auf das Wohl meiner Tochter ... bedacht sein muß.

Werden die jährlichen Reinerträge in einem Jahr nicht in voller Höhe in Form der bezeichneten Leistungen verwendet, so sind die entsprechenden Anteile vom jeweiligen Testamentsvollstrecker entsprechend den sozialrechtlichen Vorschriften zu verwenden.

Im übrigen gelten für die Testamentsvollstreckung die gesetzlichen Bestimmungen.

III. Schlußbemerkung

Ich wurde vom Notar über die rechtliche Tragweite meiner vorstehenden Erklärung eingehend belehrt.

Des Weiteren hat mich der Notar auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 21.10.1993 zur Frage der Sittenwidrigkeit eines „Behindertentestaments“ hingewiesen. Hierzu erkläre ich, daß meine Tochter ... bei mir zu Hause wohnt und ich sie seit vielen Jahren aufopferungsvoll pflege. Mit der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers möchte ich vor allen Dingen sicherstellen, daß meine Tochter ... auch nach meinem Tod weiterhin derart umfassend versorgt wird, wie ich dies bisher gewährleisten konnte. Durch die gewählte Gestaltung soll dieses Ziel erreicht werden.

Der amtierende Notar hat ausdrücklich darauf hingewiesen, daß unter bestimmten Voraussetzungen ein Testament zu Lasten des Sozialhilfeträgers sittenwidrig sein kann. Im Hinblick auf diesen Hinweis und im Hinblick auf vorstehende Erklärung meinerseits wünsche ich die Beurkundung des Testaments in dieser Form und stelle den Notar insoweit von der Haftung frei.

Diese Urkunde soll in besondere amtliche Verwahrung des zuständigen Amtsgerichts gebracht werden.

Vom Notar vorgelesen, von der Beteiligten genehmigt und eigenhändig unterschrieben.

Siegel

gez. E.

Notar