



---

## Einführung in das sogenannte Behindertentestament

Vortrag im Rahmen der  
**Angehörigenakademie des ApK LV Berlin e.V.**

1.10.2019

Referentin: Eva-Maria Weber-Schramm

—  
Wer einen nahen Angehörigen hat, der für seine Versorgung auf die Leistung von Sozialhilfe angewiesen ist, sollte sich rechtzeitig Gedanken darüber machen, wie er im Falle des Todes ein etwa noch vorhandenes Vermögen (auch) diesem Angehörigen zukommen lassen kann, ohne dass der Sozialhilfeträger darauf zugreifen kann. In den meisten Fällen wird es sich bei dem Angehörigen um Söhne oder Töchter (im folgenden Juristendeutsch: Abkömmlinge) handeln. Mit dieser Grundkonstellation befasst sich der vorliegende Aufsatz in erster Linie.

—  
Ist kein Testament vorhanden, so erbt der Abkömmling allein, wenn weder Ehepartner noch Geschwister zum Zeitpunkt des Todes vorhanden oder kinderlose Geschwister vorverstorben sind. Andernfalls erben alle Geschwister und der Ehepartner gemeinschaftlich und bilden eine Erbengemeinschaft, die entsprechend den Erbteilen auseinander zu setzen ist.

Der behinderte Abkömmling erwirbt damit Vermögen, das er vorrangig einzusetzen hat, bevor er weiterhin Sozialhilfe beziehen kann. § 2 Abs. 1 SGB XII regelt das Nachrangprinzip, erst nach Verwertung des Vermögens sind Ansprüche auf Unterstützung gegeben. § 90 SGB XII regelt sodann, welches Vermögen nicht einzusetzen ist. Das sind nach § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII kleinere Barbeträge, deren Höhe in der BarbetragVO von 1988 geregelt ist, derzeit rund 5.000,00 €. Behalten werden darf nach § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII auch ein angemessenes Hausgrundstück, das von dem Hilfebedürftigen allein oder zusammen mit Angehörigen bewohnt wird.

—  
Ist der Nachlass jedoch höher als der angesprochene Freibetrag, wird solange keine Sozialhilfe gewährt, bis der Nachlass verbraucht wird. Dabei kann der Erbe jetzt nicht etwa in Saus und Braus leben, bis das Geld verpulvert ist- dies wäre eine vorsätzliche Herbeiführung einer Notlage, die nach § 26 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB XII dazu führt, dass die Hilfeleistungen nur noch auf das absolut Überlebensnotwendige beschränkt werden. Mit anderen Worten: der Abkömmling hat nichts von der Erbschaft. Das gleiche gilt, wenn der Abkömmling testamentarisch zum Erben oder Miterben eingesetzt wird: auch dann fällt ihm Vermögen zu, das er zunächst einzusetzen hat.

Den Zugriff des Sozialhilfeträgers kann man aber auch dann nicht verhindern, wenn man den Abkömmling enterbt und nur die anderen Geschwister oder eine andere Person zum Erben einsetzt. Denn dann ist der Abkömmling pflichtteilsberechtigt gemäß § 2303 BGB in Höhe der Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Die Höhe des Erbteils richtet sich danach, wie viele Abkömmlinge

vorhanden sind und ob ein Ehepartner existiert (§§ 1924,1931 BGB). Dieser Pflichtteilsanspruch gegen den eingesetzten Erben gehört wiederum zum Vermögen des Abkömmlings. Der Sozialhilfeträger kann diesen Anspruch auf sich gemäß § 93 Abs. 1 S. 4 SGB XII überleiten und – notfalls auch gerichtlich – geltend machen. Auch in diesem Fall geht also ein Teil des Erbes für die Familie verloren ohne dass der behinderte Abkömmling einen Vorteil davon hätte.

Das vom Gesetzgeber detailreich ausformulierte Erbschaftsrecht (§§ 1922 bis 2385 BGB) lässt jedoch Gestaltungsmöglichkeiten zu, die dem behinderten Kind im Falle einer Erbschaft trotz des Bezuges von Sozialhilfe einen verbesserten Lebensstandard ermöglichen.

Der Bundesgerichtshof als höchstes zuständiges Gericht für zivilrechtliche Streitigkeiten hat in mehreren Entscheidungen ausgeführt, dass Gestaltungen, wonach Eltern dem behinderten Kind Gelder zufließen lassen und den Stamm des Vermögens in der Familie halten, nicht sittenwidrig sind, zuletzt bestätigt in dem Senatsurteil vom 19.1.2011- IV ZR 7/10. Wären derartige Konstruktionen sittenwidrig, dann wäre das Testament gemäß § 138 BGB nichtig. Es gälte dann gesetzliche Erbfolge mit den oben beschriebenen Konsequenzen.

Damit der Sozialhilfeträger nicht auf die Erbschaft zugreifen kann, muss zunächst dem Abkömmling selbst der Zugriff entzogen werden ohne ihn zu enterben.

Dies wird ermöglicht durch seine Einsetzung zum Erben oder Miterben und die Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung für den behinderten Abkömmling. Wird nämlich Testamentsvollstreckung angeordnet, so kann der Erbe gemäß § 2211 über das ererbte Vermögen nicht verfügen und können Gläubiger gemäß § 2214 BGB nicht auf das Erbe zugreifen mit der Folge, dass auch der Sozialhilfeträger dies nicht kann. Allerdings hat der Erbe gemäß § 2216 BGB einen Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker auf ordnungsgemäße Verwaltung und das heißt auch auf Auskehrung von Nutzungen und gegebenenfalls auf Verwertung von Nachlassgegenständen. Auch diesen Anspruch könnte der Sozialhilfeträger auf sich überleiten.

Der Erblasser kann jedoch nach § 2216 Abs. 2 Satz 1 BGB durch letztwillige Verfügung (also in Form eines Testamentes) Anordnungen für die Verwaltung treffen, die der Testamentsvollstrecker zu beachten hat. Dies ermöglicht dem Erblasser, Anordnungen über die Verwendung des Nachlasses in der Form zu treffen, die für die Gewährung von Sozialhilfe unschädlich sind.

Er kann den Testamentsvollstrecker verbindlich anweisen, dem Behinderten nur solche Nutzungen und gegebenenfalls Teile der Nachlasssubstanz (das wird von der Größe des Vermögens und davon abhängen, ob Zinsen oder andere Erträge allein für das erstrebte Ziel ausreichend sind) zukommen zu lassen, die im Rahmen der geltenden sozialhilferechtlichen Bestimmungen nicht zu einer Anrechnung führen. Dies sind Geldleistungen für nicht vom Sozialhilfeträger übernommene ärztliche Behandlungen oder Medikamente, Geschenke, Taschengeld, Finanzierung von Hobbys und Urlaubsreisen. Auf diese Weise wird dem Abkömmling ermöglicht, seinen Lebensstandard zu verbessern ohne den Anspruch auf Sozialhilfeleistungen zu verlieren.

Aber praktisch wirkt sich dies jedenfalls teilweise wie eine Enterbung des behinderten Abkömmlings aus, weil er nur kleinere laufende Beträge erhält und das kann, je nach Umfang des Vermögens, deutlich weniger als der Pflichtteil sein. Ist das trotzdem möglich, ohne dass ein Pflichtteilsanspruch entsteht?

Ja und nein. § 2306 Abs. 1 BGB regelt, dass der Erbe in diesem Fall die Erbschaft ausschlagen kann mit der Folge, dass er den Pflichtteil erhält. Nur: dies wird der behinderte Abkömmling nicht tun, weil er dann (siehe oben) von dem Nachlass nichts hätte. Natürlich sind Sozialhilfeträger auf die Idee gekommen, dass sie dieses Recht auf sich überleiten und die Ausschlagung sodann erklären.

Dies hat der Bundesgerichtshof in der oben zitierten Entscheidung für nicht zulässig erklärt: das Ausschlagungsrecht ist ein Gestaltungsrecht und kein Anspruch, den der Sozialhilfeträger auf sich überleiten kann.

Weiter bleibt die Frage, ob ein Betreuer die Ausschlagung erklären kann. Dies ist grundsätzlich der Fall, er benötigt hierfür jedoch die gerichtliche Genehmigung nach §§ 1908 i Abs. 1, 1822 Nr. 2 BGB- und die darf ihm nicht erteilt werden, weil er mit der Ausschlagung gegen die Interessen des Betreuten handeln würde.

Mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung wird erreicht, dass Teile des Nachlasses dem behinderten Abkömmling zukommen, ohne dass er seinen Anspruch auf Gewährung von Sozialhilfe verliert. Es ist aber noch eine andere Zugriffsmöglichkeit des Sozialhilfeträgers zu beachten.

Der Erbe dessen, dem Sozialhilfe gewährt wurde, haftet nach § 102 SGB XII für die während der letzten 10 Jahre dem Erblasser geleistete Sozialhilfe. Das bedeutet: wenn der Abkömmling verstirbt und von dem ererbten Vermögen noch etwas vorhanden ist, so muss dessen Erbe oder dessen Erben zunächst die Sozialhilfe für die letzten 10 Jahre von diesem Erbe zurückzahlen. Nur bei sehr umfangreichen Nachlässen dürfte dann noch etwas übrig bleiben. Aber auch dieser Zugriff kann verhindert werden.

Dies geschieht durch die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft, der behinderte Abkömmling wird zum Vorerben, ein anderer Verwandter oder eine andere, auch juristische Person, die man bedenken will, wird zum Nacherben eingesetzt.

Der Vorerbe darf nur eingeschränkt über das ererbte Vermögen verfügen, wobei der Erblasser von einem Teil der gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen in §§ 2113 bis 2115 BGB befreien kann – dann muss er den Vorerben als befreiten Vorerben einsetzen. Beim Behindertentestament sollte man von den meisten Verfügungsbeschränkungen nicht befreien, weil auch damit die Verwertungsmöglichkeit des Nachlasses eingeschränkt wird und diese Einschränkung auch für den Sozialhilfeträger gilt.

Stirbt der Vorerbe, so geht das ererbte Vermögen auf den Nacherben über. Entscheidend ist jetzt, dass der Nacherbe juristisch nicht als Erbe des Vorerben sondern als Erbe des ursprünglichen Erblassers gilt, womit der Zugriff des Sozialhilfeträgers nach § 102 SGB XII für die Leistungen der letzten 10 Jahre verhindert wird.

Die Einsetzung des behinderten Abkömmlings zum nicht befreiten Vorerben, einer weiteren Person als Nacherben verbunden mit einer Dauertestamentsvollstreckung und bindenden Verwaltungsanordnung an den Testamentsvollstrecker ist deshalb für den einfachen Grundfall die richtige testamentarische Lösung.

Schwierigkeiten entstehen dann, wenn mehrere Abkömmlinge zu bedenken sind und Grundvermögen oder Firmenanteile zum Nachlass gehören. Denn wenn eine Erbengemeinschaft mit dem behinderten Abkömmling gebildet wird, muss eine Erbauseinandersetzung erfolgen. Diese wiederum wird durch die Testamentsvollstreckung und die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft kompliziert. Diskutiert wird deshalb, ob man den Zugriff des Sozialhilfeträgers auch verhindern kann, indem man dem behinderten Abkömmling ein Vorvermächtnis mit Testamentsvollstreckung zukommen lässt verbunden mit der Einsetzung eines Nachvermächtnisnehmers. Hierzu gibt es noch keine rechtliche Klärung. Zu erläutern, worauf der Streit beruht, würde den Rahmen dieser Abhandlung sprengen.

Denkbar ist aber der umgekehrte Weg: der behinderte Abkömmling wird zum alleinigen Vorerben eingesetzt und Testamentsvollstreckung angeordnet. Den anderen Abkömmlingen werden Vermächtnisse ausgesetzt und diese oder auch andere Personen werden zum Nacherben eingesetzt. Diese Lösung hat allerdings den Nachteil, dass mit der Erfüllung der Vermächtnisse Kosten, insbesondere Notarkosten, entstehen können (Grundstücksübertragungen, Abtretung von Firmenanteilen).

Die Eltern behinderter Kinder werden in der Sorge um das Wohlergehen ihrer Kinder daran denken, sich rechtzeitig mit einer sinnvollen erbrechtlichen Lösung zu befassen. Es kann aber nicht schaden, auch nähere Verwandte, von denen man weiß, dass sie möglicherweise das Kind bedenken wollen oder bei denen das Kind als gesetzlicher Erbe in Betracht kommt, anzusprechen und für das Problem zu interessieren.

Wenig bekannt ist, dass bei kinderlosen Ehepaaren neben dem Ehepartner, der  $\frac{3}{4}$  erbt zunächst die Eltern des Verstorbenen und wenn diese vorverstorben sind die Geschwister des Verstorbenen und wenn diese ebenfalls vorverstorben sind, deren Abkömmlinge gesetzliche Erben zu  $\frac{1}{4}$  sind.

— Wenn hier keine testamentarische Regelung erfolgt, ist der ererbte Nachlass des behinderten Abkömmlings dem Zugriff des Sozialhilfeträgers ausgesetzt. Allerdings kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof (a.a.O.) der Behinderte in diesem Fall die Erbschaft ausschlagen. Davon hat er aber nichts, wenn nicht zugleich eine Regelung getroffen wird, die ihm auf anderem Weg Teile der Erbschaft zukommen lassen.

— Wer ein größeres Vermögen zu vererben und mehrere Kinder zu bedenken hat, der sollte einen kompetenten Notar aufsuchen und zudem in regelmäßigen Abständen sein Testament überprüfen. Die gesetzliche Lage kann sich ändern- wenn dies geschieht, muss das Testament gegebenenfalls angepasst werden.

Eva-Maria Weber-Schramm  
Vorstandsmitglied des ApK Berlin  
Vorsitzende Richterin am LG a.D.  
Stand September 2019