

## Das Bedürftigentestament - neue Entwicklungen in der Rechtsprechung

Prof. Dr. Peter Limmer, Notar, Würzburg

### I. Einführung

Ähnlich wie beim Behindertentestament stellen sich bei einem überschuldeten oder insolventen Erben **besondere Gestaltungsprobleme**. In der Literatur hat sich seit einiger Zeit der Begriff des „Bedürftigentestamentes“ herausgebildet<sup>1</sup>. Der Begriff täuscht allerdings etwas, da die Fallgestaltungen beim überschuldeten Erben oft vielschichtiger und daher generelle Gestaltungsvorgaben viel schwieriger zu finden sind als beim Behindertentestament. Das „klassische Bedürftigentestament“ kann es daher nicht geben. In der Gestaltungspraxis müssen daher immer verschiedene Gestaltungswege untersucht und abgewogen werden. Hinzu kommt, dass es zum „Bedürftigentestamentes“ bisher keine höchstrichterliche Entscheidung gibt, so dass die Gestaltung immer mit einer gewissen Rechtsunsicherheit behaftet ist. Das „Eis ist dünner“ als beim Behindertentestament, wo man auf die grundlegenden Entscheidungen des BGH vom 21.3.1990<sup>2</sup> und 20.10.1993<sup>3</sup> gründen kann.

Einige obergerichtliche Entscheidungen der letzten Monate und eine Entscheidung des BGH haben weitere Erkenntnisse gebracht. Diesen Entwicklungen soll im folgenden nachgegangen werden.

<sup>1</sup> Vgl. dazu *Everts*, Letztwillige Verfügungen zugunsten überschuldeter und bedürftiger Personen, ZErB 2005, 353; *Engelmann*, Letztwillige Verfügungen zugunsten Verschuldeter oder Sozialhilfebedürftiger, 1999; *dies*, Testamentsgestaltung zugunsten Verschuldeter oder Sozialhilfebedürftiger, MDR 1999, 968; *Krauß*, Gestaltungsmöglichkeiten im Konfliktbereich zwischen Erbrecht und Sozialrecht, ZErB Beilage 2005, Heft 2, 24; *Hartmann*, Verfügungen von Todes wegen zugunsten verschuldeter und insolventer Personen, ZNotP 2005, 82; *Kornexl*, Testamentsgestaltung bei Problemkindern, 2. Aufl. 2009; *Limmer*, Testamentsgestaltung bei überschuldeten Erben im Hinblick, ZEV 2004, 133, *ders.*, Testamentsgestaltung bei behinderten und überschuldeten Erben, in: Tiedtke/Kanzleiter, Erbrechtsberatung 2007, Aktuelle Entwicklungen im Erbrecht und Erbschaftssteuerrecht, S. 43 ff.; *Litzenburger*, Das Bedürftigentestament – Erbfolgegestaltung zugunsten von Langzeitarbeitslosen (Hartz IV-Empfängern), ZEV 2009, 278, *Tönnies*, Die teilweise Ausschlagung als Gestaltungsmittel bei Testamentserrichtung, ZNotP 2003, 3; *Wälzholz* Testamentsgestaltung zugunsten überschuldeter Erben, FamRB 2006, 252.

<sup>2</sup> BGHZ 111, 36 = NJW 1990, 2055 = DNotZ 1992, 241 m. Anm. Reimann.

<sup>3</sup> BGHZ 123, 368 = NJW 1994, 248 = DNotZ 1994, 380 = ZEV 1994, 35.

## II. Problemstellung

Ist der überschuldete Erbe Alleinerbe, so wird er im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Eigentümer sämtlicher Vermögensgegenstände des Erblassers, die damit unbeschränkt pfändbar sind. Ist die überschuldete Person enterbt bleibt nur der Pflichtteilsanspruch gem. §§ 2303 ff. BGB als Zugriffsobjekt. Bezüglich des Pflichtteilsanspruchs enthält allerdings § 852 Abs. 1 ZPO eine Pfändungsbeschränkung. Trotz der an sich eindeutigen Formulierung des Gesetzes hat der BGH im Grundsatzurteil vom 08. Juli 1993<sup>4</sup> die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs zugelassen und die Vorschrift einschränkend ausgelegt. Der BGH lässt die Pfändbarkeit auch vor Anerkennung bzw. Rechtshängigkeit zu, schränkt aber die Wirkung der Pfändung ein, indem dem Pfändungsgläubiger nur eine aufschiebend bedingte Verwertbarkeit zugestanden wird. Verwertbar bleibt der Pflichtteilsanspruch weiterhin nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO gegeben sind. Diese Entscheidung hat weitgehend Zustimmung gefunden<sup>5</sup>.

Dazu hat jetzt der BGH im Urteil vom 26.2.2009<sup>6</sup> erneut entschieden. Gepfändet werde der in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit durch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO aufschiebend bedingte Pflichtteilsanspruch. Der Anspruch sei ohne Einschränkung mit einem Pfandrecht belegt. Der Schuldner dürfe über die Forderung nicht mehr verfügen. Der BGH weist allerdings jetzt daraufhin, dass ein Überweisungsbeschluss nicht ohne weiteres erlassen werden kann. Da war bisher streitig<sup>7</sup>. Dieser darf jetzt nach der Entscheidung des BGH erst ergehen, wenn die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO tatsächlich vorliegen, wozu der Gläubiger bei einem entsprechenden Antrag Angaben machen muss. Die Überweisung zur Einziehung stelle die Verwertung der gepfändeten Forderung dar. Der Gläubiger erhalte die Kompetenz, die Forderung geltend zu machen und die Zahlung durch den Drittschuldner durchzusetzen. Diese Kompetenz dürfe ihm erst verliehen werden, wenn die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vorliegen. Vorher dürfe der Anspruch nicht verwertet und somit auch nicht zur Einziehung überwiesen werden.

<sup>4</sup> BGHZ 123, 183 = NJW 1993, 2876.

<sup>5</sup> OLG Düsseldorf, FamRZ 2000, 367; OLG Brandenburg FamRZ 1999, 1436; Stein/Jonas/Brehm, ZPO 21. Aufl 1994, § 842 Rz.. 6; MünchKomm/Smid, ZPO 2. Aufl. 2001, § 852 Rz.. 5; Staudinger/Haas; 13. Bearb. 1998, § 2317 Rz.. 52; Windel, KTS 1995, 367, 383.

<sup>6</sup> BGH ZEV 2009, 247 m. Anm. Musielak = DNotZ 2009, ?? m.Anm. Goltzsche

<sup>7</sup> Vgl. einerseits für keine weitere Prüfung Becker, in Musielak, ZPO 6. Aufl. § 852 Rn. 3; dagegen Haas in: Staudinger, BGB, 2006, § 2317 Rn. 53, 55.

### III. Gestaltungen

Auch beim überschuldeten Erben wird als wichtigste und in der Praxis wohl zuverlässigste Möglichkeit die **Kombination der Nacherbenanordnung mit Testamentsvollstreckung** empfohlen<sup>8</sup>. Die Schutzwirkungen sind dieselben.

Auch in der **Insolvenz des Erben** besteht aufgrund der Testamentsvollstreckung keine Möglichkeit der Insolvenzgläubiger, auf den Nachlass zuzugreifen<sup>9</sup>. Eine vom Erblasser angeordnete Testamentsvollstreckung besteht während der Insolvenzverwaltung über das Vermögen des Erben fort, mit der Folge, dass die Verfügungsbeschränkung des Erben nach § 2211 BGB auch für den Insolvenzverwalter gilt und der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Befugnisse den Nachlass verwalten und über Nachlassgegenstände verfügen kann<sup>10</sup>. Das der Testamentsvollstreckung unterliegende Vermögen kann somit für den Zeitraum der Testamentsvollstreckung nicht vom Insolvenzverwalter verwertet werden<sup>11</sup>. Mit Urte. v. 11.05.2006 hat der **BGH**<sup>12</sup> entschieden, dass ein der Testamentsvollstreckung unterliegender Nachlass zwar mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Erben in die Insolvenzmasse fällt. Bis zur Beendigung der Testamentsvollstreckung stelle dieser allerdings eine Sondermasse dar, auf die die Nachlassgläubiger, nicht aber die Erbengläubiger Zugriff nehmen könnten. Erstmals durch ein verwaltungsgerichtliches Urteil des OVG Saarland vom 17.03.2006<sup>13</sup> wurde festgestellt, dass der einer Dauertestamentsvollstreckung unterliegende Nachlass kein verwertbares Vermögen im Sinne des § 88 Abs. 1 BSHG (= § 90 SGB XII) darstellt. Nach der Entscheidung war die Ablehnung der Kostenübernahme eine Eingliederungshilfe bei vollstationärer Heimunterbringung rechtswidrig, da aufgrund der angeordneten Dauertestamentsvollstreckung kein verwertbares Vermögen bestehe. Ob eine andere Beurtei-

<sup>8</sup> Vgl. Everts, ZErB 2005, 353; Hartmann, ZNotP 2005, 82; Kornexl, Testamentsgestaltung bei Problemkindern, 2. Aufl. 2009; Limmer, ZEV 2004, 133; ders., Testamentsgestaltung bei behinderten und überschuldeten Erben, in: Tiedtke/Kanzleiter, Erbrechtsberatung 2007, Aktuelle Entwicklungen im Erbrecht und Erbschaftssteuerrecht, S. 43 ff.; Litzemberger, ZEV 2009, 278; Wälzholz, FamRB 2006, 252.

<sup>9</sup> Vgl. MünchKomm-BGB/Zimmermann § 2214Rn. 3; Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, 1994 S.95 f.; Staudinger/Reimann, BGB, § 2214 Rn.4.

<sup>10</sup> Uhlenbruck, InsO § 83 Rn. 5; Leipold, in FS für Gaul, S. 367, 375; MünchKomm-InsO/Schumann, § 83 Rn. 8; Staudinger/Reimann, BGB, § 2211 Rn. 2 sowie § 2214 Rn. 4; MünchKomm-BGB/Zimmermann, § 2211 Rn. 2; Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, 1994, S. 95 f.; Damrau, MDR 2000, 255 ff.

<sup>11</sup> LG Aachen, NJW 1960, 46, 48; MünchKomm-InsO/Schumann, § 83 Rn. 8.

<sup>12</sup> BGH, NJW 2006, 2698 = DNotZ 2006, 865 = NZI 2006, 462

<sup>13</sup> MittBayNot 2007, 65.

lung bei erheblichen Nachlasswerten geboten sei, wurde vom OVG Saarland offengelassen.

Nach der **herrschenden Meinung** ist auch der Anspruch der Erben auf Herausgabe von Nachlasserträgen grundsätzlich pfändbar bzw. in der Insolvenz verwertbar<sup>14</sup>. Wie beim Behindertentestament besteht allerdings Einigkeit, dass sich bei Anordnung der Testamentsvollstreckung die **Verwendung von Nachlasserträgen** grds. nach den Anordnungen des Erblassers richtet<sup>15</sup>. In der Literatur ist umstritten, inwieweit einschränkende Anordnungen des Erblassers bzgl. der Nachlasserträge zulässig sind, etwa dergestalt, dass dem überschuldeten Erben entsprechende Zuwendungen zu machen sind, wie dieser in Höhe der jeweiligen Pfändungsfreigrenze erhalten kann, soweit diese Grenze nicht bereits durch die Erzielung eigenen Einkommens ausgeschöpft ist. Denkbare wäre auch eine Lösung, die die Ausschüttung der pfändungsfreien Ertragsbestandteile an den überschuldeten Erben vorsieht und etwaige darüber hinausgehenden Erträge im Wege des Vermächtnisses dessen Kinder zuwendet.

Ein die Testamentsvollstreckung ergänzendes Instrument ist auch hier die **Einsetzung eines Vor- und Nacherben**. Ein die Testamentsvollstreckung ergänzendes Instrument ist auch hier die Einsetzung eines Vor- und eines Nacherben<sup>16</sup>.

Bei der Vor- und Nacherbschaft wird der Vollstreckungsschutz durch § 2115 BGB ergänzt durch die Vorschriften der § 773 ZPO und § 83 Abs 2 InsO. Nach § 2115 BGB ist eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch Insolvenzverwalter erfolgt, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die Wirkung dieser Regelung liegt darin, dass die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung begründeten Pfandrechte für die Dauer der Vorerbschaft wirksam sind; dies gilt auch

<sup>14</sup> MünchKomm-BGB/Zimmermann, § 2211 Rn. 2; Staudinger/Reimann, BGB, § 2211 Rn. 2 sowie § 2214 Rn. 4; Bengel/Reimann/Schaub, Handbuch der Testamentsvollstreckung, S. 141 ff, Rn.32 ff.

<sup>15</sup> BayObLG, ZEV 1995, 366, 368; MünchKomm-BGB/Brandner, § 2216 Rn. 15; Bengel/Reimann/Schaub, Handbuch der Testamentsvollstreckung, S. 141, Rn. 32 ff.; MünchKomm-BGB/Brandner, § 2209 Rn. 12; Litzemberger, ZEV 2009, 278, 279; Eichenhofer, JZ 1999, 226, 229; Nieder/Kösinger, Handbuch der testamentgestaltung, § 21 Rn. 107

<sup>16</sup> Vgl. Everts, ZERB 2005, 353; Hartmann, ZNotP 2005, 82; Kornexl, Testamentgestaltung bei Problemkindern, 2. Aufl. 2009; Limmer, ZEV 2004, 133; ders., Testamentgestaltung bei behinderten und überschuldeten Erben, in: Tiedtke/Kanzleiter, Erbrechtsberatung 2007, Aktuelle Entwicklungen im Erbrecht und Erbschaftssteuerrecht, S. 43 ff.; Litzemberger, ZEV 2009, 278; Wälzholz, FamRB 2006, 252.

für die Beschlagnahmewirkung der Insolvenzeröffnung.<sup>17</sup> Die Rechtswirkungen sind wie im Fall des § 2113 BGB durch den Eintritt des Nacherbfalles auflösend bedingt und bleiben daher als vollwirksam bestehen, wenn der Nacherbfall ausfällt. Nach § 773 ZPO soll lediglich keine Veräußerung oder Beweissicherung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen. Die Vorschrift verbietet damit die Zwangsvollstreckung von Eigengläubigern des Vorerben in den Nachlass nicht allgemein, sondern in bezug auf Nachlassgegenstände nur die Veräußerung. Im übrigen steht der Nachlass, der bis zum Eintritt des Nacherbfalles allein dem Vorerben zusteht, dem Zugriff seiner Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung offen. Zulässig sind danach bloß sichernde Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, deren Beseitigung der Nacherbe bei Eintritt der Nacherbfolge verlangen kann.<sup>18</sup> Auch in der Insolvenz des Vorerben gehört die Vorerbschaft zwar zur Insolvenzmasse. Das Verfügungsrecht des Insolvenzverwalters ist jedoch gem. § 2115 BGB eingeschränkt.

Wird über einen Erbschaftsgegenstand, der der Nacherbfolge unterliegt, im Wege der Zwangsvollstreckung oder sonst im Sinne von § 2115 S 1 BGB verfügt, dann wird diese Verfügung bei Eintritt der Nacherbfolge im Grundsatz ganz oder teilweise unwirksam, sofern und soweit das Recht des oder der Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde.

#### IV. Besonderheiten beim Verbraucherinsolvenzverfahren

Die am 01.01.1999 in Kraft getretene InsO hat erstmals ein **eigenes Insolvenzrecht für Verbraucher** in den §§ 304 ff. InsO geschaffen. Der Gesetzgeber hat mit der Insolvenzrechtsreform das Verfahren der sog. Restschuldbefreiung eingeführt, das einem Schuldner die Möglichkeit geben soll, von seinen Schulden dauerhaft frei zu werden. In der Praxis stellt sich daher die Frage nach einer Gestaltung, bei der die oben genannten Beschränkungen wegfallen, wenn der Erbe Restschuldbefreiung erlangt hat und die Überschuldung dadurch beseitigt ist. Das Restschuldbefreiungsverfahren wird als eigenständiges Verfahren im Anschluss an das Verbraucherinsolvenzverfahren durchgeführt, ist allerdings eng mit diesem verbunden: Der Antrag auf Restschuldbefreiung wird gem. § 287 InsO im Insolvenzverfahren gestellt.

Für den Bereich der Testamentsgestaltung spielt die **Obliegenheitsverantwortung nach § 295 InsO** eine erhebliche Rolle. § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO bestimmt, dass es dem Schuldner obliegt, während der Laufzeit der Wohlverhaltensperiode, Vermögen, das er von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erwirbt, (nur) zur Hälfte des Werts an den Treuhänder herauszugeben hat. Wie oben darge-

<sup>17</sup>Vgl MünchKomm-Grunsky 3. Aufl, § 2215 BGB Rz. 10; Palandt/Edenhofer § 2115 BGB Rz. 4;.

<sup>18</sup>Vgl Soergel-Harder § 2115 BGB Rz. 10.

stellt bietet die kombinierte Testamentvollstreckung mit Anordnung der Vor- und Nacherbschaft Schutz gegen Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen. Während der Dauer der Vorerbschaft, also zu Lebzeiten des überschuldeten Erben, sind wegen der Sperrwirkung des § 2214 BGB Vollstreckungsmaßnahmen in die der Testamentvollstreckung unterliegenden Nachlassgegenstände nicht zulässig. Es besteht weitgehend Einigkeit, dass die genannten Schutzvorschriften der §§ 2115 und 2214 BGB auch i.R.d. Insolvenzverfahrens gelten.

Offen war die Frage, welchen Schutz die kombinierte Nacherbschaftsanordnung mit Testamentvollstreckung im Rahmen der Restschuldbefreiung und den Herausgabeobligationen bietet<sup>19</sup>. Bei einer lebenslangen Testamentvollstreckung samt Nacherbschaftsanordnung, besteht keine Zugriffsmöglichkeit des überschuldeten Erben auf das Vermögen, sodass ihm m.E. auch keine Obliegenheitsverletzung vorgeworfen werden kann; es bleibt allein die Frage, ob er nicht verpflichtet werden kann, die Erbschaft auszuschlagen und den Pflichtteil geltend zu machen. Diese für die Praxis wichtige Frage, war bisher nicht geklärt. Die Literatur verneinte sie in der Tendenz eher, da das in § 83 InsO verankerte **Prinzip der Höchstpersönlichkeit** vorgehen soll<sup>20</sup>. Auch die Instanzgerichte sind dieser Auffassung gefolgt: So hat das LG Mainz entschieden, dass die Ausschlagung einer Erbschaft ein höchstpersönliches Recht sei, das keine Obliegenheitsverletzung darstelle<sup>21</sup>.

Der BGH hat die Frage jetzt im Urteil vom 25.6.2009<sup>22</sup> entschieden, dass der Verzicht auf die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs in der Wohlverhaltensphase - ebenso wie die Ausschlagung der Erbschaft oder der Verzicht auf ein Vermächtnis - keine Obliegenheitsverletzung darstellt. Der Halbteilungsgrundsatz des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO greife erst ein, wenn der Schuldner die Erbschaft angenommen oder den Pflichtteilsanspruch rechthängig gemacht habe oder dieser anerkannt sei. Der Gesetzgeber sei somit auch für die Wohlverhaltensphase von der vollen Dispositionsbefugnis des Schuldners ausgegangen, wie sie im eröffneten Verfahren im Anschluss an die frühere Bestimmung des § 9 KO in § 83 InsO gesetzlich geregelt sei. Die Entscheidung über die Erbausschlagung und die Geltendmachung eines

<sup>19</sup> Vgl. dazu Limmer, ZEV 2004, 133, 135 ff., ders. in: Tiedtke/Kanzleiter, Erbrechtsberatung 2007, S. 83 ff.

<sup>20</sup> So Limmer, in: Tiedtke/Kanzleiter, Erbrechtsberatung 2007, S. 90; Uhlenbruck/Vallender, InsO, § 295 Rn. 34; Vallender, InVo 1998, 177; Nerlich/Römermann, InsO, § 295 Rn. 27; Kübler/Prütting/Wenzel, InsO, § 295 Rn. 19. Döbereiner, Die Restschuldbefreiung nach der Insolvenzordnung, 1997 S. 166; Fuchs in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. S. 1742 Rn. 183; Mohrbutter/Ringstmeier/Pape, Handbuch der Insolvenzverwaltung, § 17 Rn. 14; andere Ansicht allerdings Dieckmann in Leipold, Insolvenzrecht im Umbruch, 1991 S. 127, 131 f; Bartels KTS 2003, 41, 64 ff; Thora, ZInsO 2002, 176, 178 f

<sup>21</sup> LG Mainz, ZInsO 2003, 525 sowie ähnlich ZInsO 2002, 45.

<sup>22</sup> BGH ZEV, 2009, 469 = NZI 2009, 563 = DNotZ 2009, ?? m.Anm. Goltzsche

Pflichtteils sei auch in der Wohlverhaltensphase höchstpersönlicher Natur und falle nicht unter die Obliegenheiten des Schuldners aus § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

Konstruktiv wäre daher eine Gestaltung zu prüfen, bei der der Erblasser seinen überschuldeten Erben nicht nur als Vorerben, sondern zugleich **aufschiebend bedingt zum Vollerben einsetzt**, wobei die **Bedingung rechtskräftige Erteilung der Restschuldbefreiung** nach § 300 InsO wäre. Durch die Anordnung der auflösenden Bedingung im Falle einer Restschuldbefreiung ist der überschuldete Vorerbe nicht nur zum Vorerben, sondern zugleich aufschiebend bedingt mit der Restschuldbefreiung zum Vollerben eingesetzt. Damit ist nach der herrschenden Meinung der überschuldete Erbe aber nicht nur Vorerbe, sondern der aufschiebend bedingt eingesetzte Vollerbe ist rechtlich zugleich wie ein Nacherbe zu behandeln<sup>23</sup>. Durch diese Bedingung würde dem betroffenen Erben neben der Vorerbschaft, die weitgehend zugriffsfrei ist, ein weiteres Recht, nämlich eine **Nacherbenanwartschaft** zugeordnet werden. Als Vermögenswert – und auch insoweit besteht Einigkeit – ist dieses Anwartschaftsrecht grds. abtretbar, verpfändbar und nach Maßgabe des § 857 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 ZPO pfändbar<sup>24</sup>.

Will man die vorgenannten **Risiken vollständig vermeiden**, bleibt nur der in der Literatur vorgeschlagene Gestaltungsvorschlag, in der Verfügung von Todes wegen als Motiv für die Beschränkung des Erben durch Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung den Schutz des Nachlasses vor dem Zugriff der Eigengläubiger des Erben ausdrücklich anzugeben. Auf diese Weise soll der Erbe die Möglichkeit haben, für den Fall, dass RSB gewährt wird, diese Beschränkung durch Anfechtung gem. § 2078 Abs. 2 BGB zu Fall zu bringen (sog. Anfechtungslösung)<sup>25</sup>. Dagegen wird allerdings vorgebracht, dass die Auslegung des testamentes doch zu einer aufschiebend bedingten Vollerbschaft führt<sup>26</sup>.

Von Tönnies<sup>27</sup> wurde ein weiterer Lösungsvorschlag vorgetragen, der eine **flexible Entscheidung des betroffenen überschuldeten Abkömmlings** ermöglicht. Diese Lösung kommt vor allen Dingen dann in Betracht, wenn nicht abzusehen ist, ob der einsetzende Erbe zum Zeitpunkt des Erbfalls tatsächlich überschuldet sein wird, etwa wenn Verbindlichkeiten im Raum stehen (z.B. Haftpflichtprozess), deren Ausgang noch nicht absehbar ist. Tönnies macht sich die Regelung des § 1951 Abs. 3

<sup>23</sup> BGHZ 87, 367; 37, 325; BVerwG, NJW 2001, 2417; Harder, ZEV 1995, 453 Palandt/Edenhofer, BGB, § 2100 Rn. 11.

<sup>24</sup> BGHZ 87, 367; 37, 325; BVerwG, NJW 2001, 2417; Harder, ZEV 1995, 453; Palandt/Edenhofer, BGB, § 2100 Rn. 11.

<sup>25</sup> Vgl. Everts, ZErB 2005, 353, 357; Limmer, ZEV 2004, 133, 140; Litzemberger, ZEV 2009, 278, 280; Langenfeld, Handbuch zur Testamentsgestaltung Rn. 433; Mayer, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Kap. Rn. 365 f...

<sup>26</sup> J. Mayer, ZEV 2005, 175, 178.

<sup>27</sup> Tönnies, ZNotP 2003, 92.

BGB zunutze. Grds. gilt bei der Ausschlagung, dass der Erbe gem. § 1950 BGB entweder nur die Erbschaft ganz annehmen oder ausschlagen kann. Dieses **Alles-oder-Nichts-Prinzip** wird allerdings durch § 1951 BGB durchbrochen, wenn der Erblasser die Teilbarkeit der Ausschlagung zulässt. Setzt der Erblasser einen Erben auf mehrere Erbteile ein, so kann er ihm durch Verfügung von Todes wegen gestatten, den einen Erbteil anzunehmen und den anderen auszuschlagen (§ 1951 Abs. 3 BGB).

Diesen Rechtsgedanken hat die Rechtssprechung dahingehend weiterentwickelt, dass auch dann, wenn der Erbe nicht mehrere Erbteile erbt, sondern **mehrfach zum Alleinerben** unter unterschiedlicher Ausgestaltung seiner Erbenstellung (z.B. unbeschränkter Alleinerbe, Vorerbe, Nacherbe) als Erbe eingesetzt ist, der Erblasser den Bedachten entsprechend diesem Rechtsgedanken die gesonderte Annahme oder Ausschlagung der verschiedenen Erbschaften gestatten kann<sup>28</sup>. Dementsprechend schlägt Tönnies vor, den gefährdeten Erben zunächst als Vollerben einzusetzen, ferner für den Fall der Ausschlagung dessen Kinder als Ersatzerben, diese wiederum nur als Vorerben einzusetzen und als Nacherben wiederum einen möglicherweise überschuldeten Abkömmling. Im Fall der Ausschlagung der Vollerbeneinsetzung würde dann der Nacherbfall allerdings zu einem bestimmten Zeitpunkt, etwa zehn Jahre nach dem Tod des Erblassers eintreten. Ferner belastet wäre dann die Vorerbenstellung einer Testamentsvollstreckung zugunsten des Nacherben.

## V. Erbausschlagung

Wurde kein Bedürftigentestament errichtet, so spielt in der Praxis nicht selten die Frage eine Rolle, ob der Bedürftige die Erbschaft einfach ausschlagen kann. Die Literatur verneint die Sittenwidrigkeit der Erbschaftsausschlagung eines Sozialhilfeempfängers überwiegend<sup>29</sup>. Demgegenüber hat das OLG Stuttgart<sup>30</sup> die Sittenwidrigkeit bejaht. Die Literatur lehnt diese Entscheidung jedoch weitgehend ab<sup>31</sup>. Abgelehnt wurde die Auffassung des OLG Stuttgart auch durch das LG Aachen<sup>32</sup>. Dem OLG Stuttgart gefolgt ist jetzt auch das OLG Hamm. Im Urteil vom 16.7.2009<sup>33</sup> entschied das OLG, dass die Ausschlagung einer werthaltigen Erbschaft, die dazu

<sup>28</sup> BayObLG, NJW 1997, 22; Palandt/Edenhofer, BGB, § 1951 Rn. 5.

<sup>29</sup> Ivo, FamRZ 2003, 6 ff.; AnwK-BGB/Ivo, 2004, § 1942 Rn. 20; Palandt/Edenhofer, 64. Aufl. 2005, § 1954 Rn. 1; MünchKomm-Leipold, BGB, 4. Aufl. 2004, § 1945 Rn. 2; kritisch auch J. Mayer, ZEV 2002, 369; dem OLG Stuttgart aber zustimmend Palandt/Diederichsen, § 1896 Rn. 20; Palandt/Heinrichs, § 138 Rn. 50a

<sup>30</sup> OLG Stuttgart, NJW 2001, 3484.

<sup>31</sup> S. eingehend Ivo, FamRZ 2003, 6 ff.; AnwKomm-BGB/Ivo, 2004, § 1942 Rn. 20; Palandt/Edenhofer, § 1954 Rn. 1 und § 1945 Rn. 2; MünchKomm-Leipold, BGB, § 1945 Rn. 2; krit. auch J. Mayer, ZEV 2002, 369; dem OLG Stuttgart aber zust. Palandt/Diederichsen, BGB, § 1896 Rn. 20; Palandt/Heinrichs, BGB, § 138 Rn. 50a.

<sup>32</sup> NJW-RR 2005, 307 = ZERB 2005, 1 m. Anm. Ivo.

<sup>33</sup> ZEV 2009, 471 m. Anm. Leipold

führt, dass die Sozialhilfebedürftigkeit des vorläufigen Erben fortbesteht, gegen die guten Sitten verstößt, es sei denn die Ausschlagung kann ausnahmsweise durch ein überwiegendes Interesse des Erben motiviert werden. Die BGH-Rechtsprechung zum Behindertentestament will das OLG nicht heranziehen, da sich diese in erster Linie auf die Testierfreiheit gründen. Nicht überzeugend ist aus Sicht des OLG das weitere Argument, dass das Gesetz das Ausschlagungsrecht im Familien- und Insolvenzrecht von der Rücksichtnahme auf Fremdinteressen freistelle. Es verbleibe danach das Argument, der Erbe sei nach der zwangsvollstreckungs- und insolvenzrechtlichen Lage nicht gehalten, bei der Entscheidung über die Ausschlagung auf die Interessen seiner Gläubiger Rücksicht zu nehmen, weshalb er auch auf den Sozialhilfeträger keine Rücksicht nehmen müsse. Es gehe nicht darum, ob der Sozialhilfeträger auf Vermögen des Hilfebedürftigen zugreifen dürfe, sondern darum, ob der (bislang) Hilfebedürftige ein ihm anfallendes Vermögen ausschlagen dürfe, wenn er hierdurch seine Bedürftigkeit aufrechterhalte. Denn das Sozialhilferecht siehe einen Regress wegen zu Recht erbrachter Leistungen nur im Fall des § 102 SGBXII vor, der für die vorliegende Fallgestaltung jedoch nicht einschlägig sei. Es gehe also allein darum, ob von dem Einzelnen auch unter sittlichen Aspekten erwartet werden müsse, dass er vor der Inanspruchnahme von Sozialhilfe einen ihm angetragenen Vermögenserwerb wahrnehme. Im Hinblick auf das Prinzip der Selbstverantwortung, das das notwendige Spiegelbild der Handlungsfreiheit des Hilfesuchenden sei, müsse dies bejaht werden.