

Mandanteninfo | 2

4. Auflage 2023

Behindertentestament

notar

DR. THOMAS KORNEXL





Dr. Thomas Kornexl

Was ist neu in der vierten Auflage?

Zu Beginn des Jahres 2023 hat der Gesetzgeber das System der existenzsichernden Sozialleistungen teilweise umgestaltet: Das Arbeitslosengeld II („Hartz IV“) und das Sozialgeld sind durch das „Bürgergeld“ ersetzt worden. Diese Informationsbroschüre wurde daher angepasst und auch sonst, wo erforderlich, aktualisiert.

Menschen mit einer Behinderung oder einer psychischen Erkrankung können regelmäßig nicht selbst für ihren Lebensunterhalt aufkommen. Oft sind sie deshalb bereits auf staatliche Leistungen der Grundsicherung angewiesen. Ihre Erwerbsvita lässt zudem erwarten, dass ihnen im Alter weder eine ausreichende Rente noch eine anderweitige angemessene eigene Versorgung zur Verfügung steht.

Mit den bewährten Schutzmechanismen eines „Behindertentestaments“ sorgen ihre Angehörigen dafür, dass einerseits durch die zugedachte Nachlassbeteiligung der Anspruch auf staatliche Versorgungsleistungen nicht verloren geht, andererseits aber dem Betroffenen Mittel bereit stehen, mit denen seine Lebensqualität über das staatlich gewährte Existenzminimum hinaus verbessert wird.

„Behindertentestamente“ sind komplexe und alltagsfremde Gebilde und daher nicht leicht zu verstehen. Ihre einzelnen Bauteile müssen aufeinander abgestimmt sein, damit sie die angestrebte Wirkung erreichen. Das ist kompliziert genug. Hinzu kommt die manchmal schwer verständliche Fachsprache („Vom Juristen für Juristen“). Ihre Präzision verhindert, dass später „der letzte Wille“ falsch verstanden werden kann. Das spart Geld, Nerven und Zeit.

Dennoch: Besprechung, Vorbereitung und Beurkundung mehrerer hundert „Behindertentestamente“ und zahlreiche Vorträge vor Juristen und Nichtjuristen haben mir gezeigt, dass praktisch jeder die entscheidenden Zusammenhänge verstehen kann.

Ich hoffe, diese Broschüre ist dabei hilfreich!

Erding, im November 2023

Inhalts- verzeichnis:

| | | |
|---|--|----|
| ■ | Abschnitt 1: Die Ausgangslage und was heißt hier „behindert“? | 04 |
| ■ | Abschnitt 2: Woher nehmen? Die Mittel zur Bedarfsdeckung | 06 |
| ■ | Abschnitt 3: Der Nachranggrundsatz | 11 |
| ■ | Abschnitt 4: Primärziel und Gestaltungsmittel | 12 |
| ■ | Abschnitt 5: Sekundärziel und Gestaltungsmittel | 18 |
| ■ | Abschnitt 6: Die verschiedenen Modelle | 23 |
| ■ | Abschnitt 7: „Verwertbares Vermögen“ – Ursachen des Scheiterns | 29 |
| ■ | Abschnitt 8: Unwirksamkeit des Behindertentestaments wegen „Sittenwidrigkeit“? | 37 |
| ■ | Abschnitt 9: Fiktiver Beispielsfall mit Muster | 39 |
| ■ | Abschnitt 10: Wissenswertes zu Formalien und Kosten | 54 |
| ■ | Abschnitt 11: Auf einen Blick | 59 |

Die Ausgangslage und was heißt hier „behindert“?

1.1 Der Begriff „Behindertentestament“

1.2 Was heißt „behindert“?

1.1 Der Begriff „Behindertentestament“

Der Begriff „Behindertentestament“ ist in den 1970er-Jahren entstanden. Er wird zwar nicht im Gesetz verwendet, hat sich aber in der juristischen Praxis etabliert. In ihrer „Urform“ ist die damit bezeichnete Konstruktion für Eltern geistig behinderter Kinder entwickelt worden. Deren Wunsch, über ihren Tod hinaus für ihr behindertes Kind zu sorgen, sollte mit dem Behindertentestament realisiert werden.

Heute weiß man, dass diese Bezeichnung zu eng gefasst ist. Denn für diese spezielle Nachlassplanung gibt es noch andere wichtige Anwendungsfälle. Ein Grund, den etablierten plakativen Begriff nicht mehr zu verwenden, ist das allerdings nicht. Wichtig ist nur, zu wissen, dass nicht die „Behinderung“ das entscheidende Anwendungskriterium ist.



1.2 Was heißt „behindert“?

Nicht die Art der gesundheitlichen Beeinträchtigung erfordert ein Behindertentestament, sondern deren Auswirkung: Der gehandicapte Angehörige wird (voraussichtlich sein ganzes Leben lang) nicht selbst ausreichend und dauerhaft für seinen Lebensunterhalt sorgen können. Welche gesundheitliche Störung dafür konkret verantwortlich ist, ist nicht entscheidend.

Für den Angehörigen, in dessen Interesse das Behindertentestament erstellt wird, verwende ich in dieser Broschüre den etablierten Begriff des „Behinderten“ oder nenne ihn den „Betroffenen“.

„Gesundheitliche Beeinträchtigung“

Sämtliche bekannte Erkrankungen werden von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) in ein weltweit einheitliches Klassifikationssystem eingeordnet, das **ICD-WHO**.

ICD ist die Abkürzung von „International Classification for Diseases“ (Internationale Klassifikation der Krankheiten). Wie einige andere Staaten verwendet Deutschland das System mit länderspezifischen Erweiterungen und bezeichnet es als ICD-10-GM (German Modification). Im Mai 2019 hat die Weltgesundheitsversammlung die ICD-11 beschlossen, die international seit 2022 gilt. In Deutschland wird, voraussichtlich bis ca. 2027, vorerst weiter mit der zehnten Version von 2020 gearbeitet.

► Mehr Infos dazu z.B. unter www.dimdi.de/dynamic/de/klassifikationen/icd/icd-10-gm/

In diesem System werden bspw. **Psychische Störungen und Verhaltensstörungen** in Kapitel V (Kennziffer F) erfasst. Zu ihnen gehören, als Unterfall in Kennziffer F 70 – 79, auch die **Intelligenzstörungen**. Die früher als „geistige Behinderung“ bezeichneten Formen einer Intelligenzminderung sind Teil dieser Untergruppe. Die zur „Trisomie 21“ („Down-Syndrom“) führende **Chromosomenanomalie** ist in Kapitel XVII, Kennziffer Q 90, eingeordnet.

Aber auch rein **körperliche Erkrankungen** können eine „Behinderung“ bewirken.

Das Gesetz definiert den Begriff der „Behinderung“ im neunten Buch des Sozialgesetzbuches („SGB IX“). Auch dort wird er nicht über seine konkreten Ursachen bestimmt, sondern über seine Auswirkungen.

Die „gleichberechtigte Teilhabe“ am gesellschaftlichen Leben hat viele Erscheinungsformen. Die gesundheitliche Störung muss sie nicht alle beeinträchtigen.

Auslöser für das Motiv, ein Behindertentestament zu errichten, ist jedoch immer die Prognose, dass im konkreten Fall die Teilhabe des betroffenen Angehörigen am Erwerbsleben gesundheitsbedingt dauerhaft eingeschränkt sein wird. Und damit seine **Möglichkeit, durch Einsatz der eigenen Arbeitskraft ausreichendes Einkommen zu erzielen**.

§ 2 Abs. 1 SGB IX

„Menschen mit Behinderungen sind Menschen, die körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können. Eine Beeinträchtigung nach Satz 1 liegt vor, wenn der Körper- und Gesundheitszustand von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht.“

Woher nehmen? Die Mittel zur Bedarfsdeckung

2.1 Arbeitsentgelt

2.2 Andere Einkünfte und verwertbares Vermögen

Steuerpflichtige Einkünfte | Unterhaltsansprüche | Vermögenserträge

2.3 Bedarfsunabhängige Sozialleistungen

2.4 Bedarfsabhängige Sozialleistungen

Selbst für eine bescheidene Lebensführung werden finanzielle Mittel benötigt. Woher soll diese jemand beziehen, dessen Arbeitskraft gesundheitsbedingt eingeschränkt ist oder sogar vollständig fehlt? Werfen wir dazu einen Blick auf mögliche Einkunftsquellen, jedoch aus dem speziellen Blickwinkel eines behinderten Menschen:

2.1 Arbeitsentgelt

Am 23.12.2016 ist das Bundesteilhabegesetz erlassen worden. Seine offizielle Bezeichnung ist „Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen“. Dieses Wortungetüm zeigt aber immerhin das Ziel der Reform auf, die – zeitlich nacheinander – bis 2023 in verschiedenen Stufen wirksam geworden ist.

Durch das Bundesteilhabegesetz wurde das Neunte Buch des Sozialgesetzbuches („SGB IX“) neu gefasst, in welches wir gerade einen kurzen Blick geworfen haben, um uns mit der gesetzlichen Definition einer „Behinderung“ vertraut zu machen. Im SGB IX sind die Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen geregelt. Das Gesetz räumt ihnen einen Anspruch auf Fachleistungen der Eingliederungshilfe ein.

„Eingliederungshilfe durch Teilhabe am Arbeitsleben“



Eingliederungshilfe wird, je nach konkretem Bedarf des Behinderten, in verschiedenen Formen erbracht: Dazu gehören Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (insbesondere zielgerichtete medizinische, psychologische und pädagogische Hilfen) und Leistungen zur sozialen Teilhabe (insbesondere zum Wohnraum, zur Mobilität, zum Erhalt und Erwerb praktischer Kenntnisse und Fähigkeiten).

Aber auch Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben (§ 111 SGB IX) sind Teil der Eingliederungshilfe:

- ▶ Ein Arbeitsentgelt erhält der Behinderte für seine Beschäftigung in einer (gemäß §§ 58 und 62 SGB IX) anerkannten Werkstatt für behinderte Menschen. Es besteht aus einem Grundbetrag und einem leistungsangemessenen Steigerungsbetrag (§ 221 Abs. 2 SGB IX). Der Behinderte hat dann einen arbeitnehmerähnlichen Status.

- ▶ Wählt der Behinderte nach § 62 SGB IX einen anderen Leistungsanbieter, gelten für diesen – im Vergleich zur Behindertenwerkstatt – bestimmte formale Erleichterungen (§ 60 SGB IX).

- ▶ Wird dem Behinderten von einem privaten oder öffentlichen Arbeitgeber ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis angeboten, hat er einen Anspruch auf ein Budget für Arbeit (§ 61 SGB IX). Dieses umfasst einen Lohnkostenzuschuss an den Arbeitgeber und Aufwendungen für die erforderliche Anleitung und Begleitung am Arbeitsplatz.

Nicht immer schließt somit seine gesundheitliche Beeinträchtigung den Behinderten vollständig vom Arbeitsleben aus. Doch meistens reicht das erzielbare Einkommen nicht aus, um den eigenen Lebensunterhalt zu bestreiten. Also „zur Bedarfsdeckung“, wie das im Sozialrecht heißt.

Entsprechendes gilt für Menschen, die nach der gesetzlichen Definition erwerbsfähig sind, aber trotzdem ihren Lebensunterhalt nicht aus eigenen Mitteln und Kräften bestreiten können. So kommt es in der Beratungspraxis zum Behinderten-testament recht häufig vor, dass psychisch kranke Menschen

zwar vom Staat als erwerbsfähig angesehen werden, aber dennoch keinen geeigneten Arbeitsplatz bekommen oder längerfristig behalten: Entweder, weil ihre psychische Erkrankung ein Einstellungshindernis ist. (Oft auch mittelbar, wenn offensichtliche Brüche im bisherigen beruflichen Werdegang den potenziellen Arbeitgeber abschrecken.) Oder, weil die Krankheitssymptome relativ schnell einen Arbeitsplatzverlust verursachen (z.B. bei häufigen Fehlzeiten oder verhaltensbedingten Beeinträchtigungen des Betriebsklimas). Aus sozialrechtlicher Sicht sind diese Betroffenen trotzdem „erwerbsfähig“ und damit „arbeitsuchend“.

„Wer ist erwerbsfähig und wer erwerbsgemindert?“

i

Das Gesetz nimmt im Sechsten Buch des Sozialgesetzbuches („SGB VI“) eine Abgrenzung vor:

► **Vollständig erwerbsgemindert** sind Menschen, die „wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit außerstande sind, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein“ (§ 43 Abs. 2 SGB VI).

► **Teilweise erwerbsgemindert** sind Menschen, die „wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit außerstande sind, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens sechs Stunden täglich erwerbstätig zu sein“ (§ 43 Abs. 1 SGB VI).

► **Erwerbsfähig** ist, „wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein“ (§ 8 Abs. 1 Zweites Buch des Sozialgesetzbuchs, „SGB II“)

Auch der „teilweise erwerbsgeminderte“ Mensch ist für das Gesetz somit grundsätzlich erwerbsfähig, wenngleich eben nur eingeschränkt.

Nicht selten werden psychisch kranke Menschen nur deshalb der Gruppe der „Erwerbsfähigen“ zugeordnet, weil sie selbst ihre psychische Erkrankung oder zumindest die dadurch verursachte „Behinderung“ nicht akzeptieren können oder wollen. Dieser Mangel an Einsicht kann wiederum ein konkretes Erscheinungsbild der Erkrankung sein. Solange das nicht erkannt wird, können damit trotzdem Nachteile im sozialrechtlichen Leistungskatalog verbunden sein.

Ist jemand aus sozialrechtlicher Sicht „erwerbsfähig“ und damit „arbeitsuchend“, kann ihm eine „Arbeitsgelegenheit mit Mehraufwandsentschädigung“ zugewiesen werden. Im allgemeinen Sprachgebrauch hat sich für dieses bürokratische Wortungeheuer stattdessen der Begriff „Ein-Euro-Job“ durchgesetzt.



„Ein-Euro-Jobs“ (§ 16d SGB II)

i

„Ein-Euro-Jobs“ dürfen nicht dazu führen, dass Arbeiten von regulären Arbeitskräften auf (deutlich billigere) Arbeitssuchende verlagert werden. Diese Arbeiten müssen deshalb nach der gesetzlichen Vorgabe „zusätzlich sein, im öffentlichen Interesse liegen und wettbewerbsneutral sein“. Das setzt voraus, dass...

...sie ohne die Förderung nicht, nicht in diesem Umfang oder erst zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführt würden,...

...das Arbeitsergebnis der Allgemeinheit dient, und...

...eine Beeinträchtigung der Wirtschaft infolge der Förderung nicht zu befürchten ist sowie eine Erwerbstätigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt weder verdrängt noch in ihrer Entstehung verhindert wird.

Kurz gesagt: Die Tätigkeit muss so uninteressant sein, dass sie niemand auf dem freien Markt freiwillig machen würde. Auch deshalb, weil es damit für den Arbeitgeber nichts zu verdienen gäbe, wenn er den gesetzlichen Mindestlohn bezahlen müsste.

Ein Arbeitssuchender mit „Ein-Euro-Job“ erhält dann, neben seinem „Bürgergeld“ von der Agentur für Arbeit eine „angemessene Entschädigung für Mehraufwendungen“.

2.2 Andere Einkünfte und Vermögen

Steuerpflichtige Einkünfte

Ein Mindestmaß an Lebenserfahrung genügt, um zu wissen, dass Einkünfte nicht nur durch „der Hände Arbeit“ erzielt werden können. Ein kurzer Blick in das Einkommensteuergesetz („EStG“) belegt, dass dies auch dem Gesetzgeber nicht verborgen geblieben ist: In § 2 Abs. 1 EStG werden so gut wie alle Einkünfte erfasst und der Einkommensteuer unterworfen, also aus:

- ▶ Land- und Forstwirtschaft
- ▶ Gewerbebetrieb
- ▶ selbständiger Arbeit
- ▶ Kapitalvermögen
- ▶ Vermietung & Verpachtung
- ▶ nichtselbstständiger Arbeit

...sowie „sonstige Einkünfte“ im Sinne des § 22. Dazu gehören insbesondere Rentenleistungen und Leistungen aus anderen Altersvorsorgen oder Unterhaltsleistungen des geschiedenen Ehepartners, aber auch (formal korrekt als „private Veräußerungsgeschäfte“ bezeichnete) „Spekulationsgewinne“.

„Unterhaltszahlungen der Eltern“

i

Unterhaltszahlungen der Eltern an ihr (minderjähriges oder volljähriges) Kind sind zwar nicht für die Einkommensteuer relevant, solange Kindergeld oder der Kinderfreibetrag geltend gemacht werden.

Für eine Bedarfsdeckung des Kindes sind sie jedoch (theoretisch) heranzuziehen. Theoretisch deshalb, weil der Gesetzgeber Eltern eines volljährigen behinderten Kindes ab 2020 weitgehend von ihren Unterhaltspflichten entlastet hat:

- ▶ Unabhängig von der Höhe ihres Einkommens müssen sie keinen Beitrag mehr zu Leistungen der **Eingliederungshilfe** erbringen, welche ihr Kind nach dem SGB IX erhält.

- ▶ Für **Sozialhilfeleistungen** (Grundsicherung, Hilfe zum Lebensunterhalt oder Hilfe zur Pflege) ist ein Unterhaltsbeitrag nur zu bezahlen, wenn das Jahreseinkommen des Elternteils über 100.000 € liegt. Er ist nunmehr zudem auf monatlich 42,20 € (bei Hilfe zur Pflege) bzw. 32,47 € (bei Grundsicherung oder Hilfe zum Lebensunterhalt) begrenzt. Diese Höchstbeiträge sind an die Höhe des gesetzlichen Kindergeldes gekoppelt. Wird dieses erhöht, steigt auch der zu zahlende Unterhaltshöchstbeitrag im selben Verhältnis.

Vermögenserträge & Vermögenssubstanz

Als „Privatier“ werden Menschen bezeichnet, die ihren Lebensunterhalt alleine durch die Erträge ihres Vermögens bestreiten können. Laut Statistischem Bundesamt* gab es davon 2021 in Deutschland rund 809.000.

*(<https://de.statista.com/infografik/19202/anzahl-der-privatiers-in-deutschland>)

Vermutlich wird sich unter diesen Menschen in einer derart entspannten wirtschaftlichen Situation auch der eine oder andere mit einer Behinderung oder psychischen Erkrankung wiederfinden. Auf eine staatliche Grundversorgung ist er dann nicht angewiesen. Wer dem betroffenen Angehörigen so viel vererben kann, dass dieser tatsächlich – als „Privatier“ – alleine aus den Erträgen seiner Nachlassbeteiligung gut versorgt wird, kann auf die Schutzwirkung eines Behindertentestaments (teilweise) verzichten. Er muss es allerdings nicht. Abschnitt 8.3 erklärt, warum das so gesehen wird.

Im Normalfall reicht jedoch eine vorhandene Vermögenssubstanz nicht für eine lebenslange Versorgung aus. Selbst bei extrem bescheidener, sparsamer Lebensführung nicht und selbst dann nicht, wenn es dabei allmählich verbraucht wird. In diesen Normalfällen ist ein Behindertentestament unverzichtbar.



2.3 Bedarfsunabhängige Sozialleistungen: Rente

Den ersten, „bedarfsunabhängigen“ Zweig des deutschen Sozialleistungssystems bilden die gesetzliche Rentenversicherung, aber auch Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung. Sie gewähren Leistungen, die der Empfänger zuvor durch eigene Beiträge „erkauft“ hat. Tritt der Versicherungsfall ein, stehen sie ihm deshalb unabhängig von seiner Einkommens- und Vermögenssituation zu.

Der Ruheständler erhält seine Altersrente deshalb auch dann ungeschmälert, wenn er sich seinen Lebensabend bequem und auf hohem Niveau aus Erträgen oder Substanz seines Vermögens gestalten könnte.

Damit jemand im Alter oder bei Erwerbsminderung Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung erhält, muss er jedoch bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Diese sind im Sechsten Buch des Sozialgesetzbuchs („SGB VI“) geregelt. Eine davon ist, dass über einen längeren Zeitraum Beiträge einbezahlt worden sind.

Für eine Erwerbsminderungsrente müssen mindestens fünf Jahre Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung geleistet worden sein, davon in mindestens drei der letzten fünf Jahre.

Daneben müssen bestimmte Wartezeiten eingehalten wer-

den, aber auch persönliche Voraussetzungen vorliegen: Für die Altersrente das Erreichen des Rentenalters, für eine Erwerbsminderungsrente die gesundheitsbedingte Unfähigkeit, mehr als sechs Stunden („teilweise Erwerbsminderung“) bzw. drei Stunden („volle Erwerbsminderung“) täglich arbeiten zu können. Das regelt der bereits oben erwähnte § 43 SGB VI.

Eine Erwerbsminderungsrente wird regelmäßig zunächst nur als Zeitrente bezahlt, die für längstens drei Jahre bewilligt wird und auf höchstens neun Jahre verlängert werden kann. Danach erhält der Versicherte die Rente unbefristet, wenn sich am Ende dieses Zeitraums sein Gesundheitszustand nicht verbessert hat. Von Anfang an unbefristet wird Rente dagegen nur dann gewährt, wenn davon auszugehen ist, dass die Erwerbsminderung nicht mehr behoben werden kann.

Die Höhe der Rente richtet sich nach der Höhe der Beiträge, die während des Versicherungslebens einbezahlt worden sind. Ein niedriges Einkommen oder ein kurzes Berufsleben wirken sich also negativ aus.

Oft ist die gesundheitliche Ursache für die Erwerbsminderung bereits in jungen Jahren eingetreten. Dann hat der Betroffene gar keinen oder nur einen geringfügigen Rentenanspruch, der nicht einmal im Entferntesten an das Existenzminimum heranreicht.

2.4 Bedarfsabhängige Leistungen

Den anderen Zweig des Systems bilden bedarfsabhängige Sozialleistungen. „Bedarfsabhängig“ bedeutet, dass sie nur gewährt werden, wenn der Antragsteller sie, objektiv betrachtet, nötig hat.

„Bedarfsabhängige Sozialleistungen“

i

Bedarfsabhängige Leistungen werden nunmehr auf der Grundlage dreier unterschiedlicher Sozialgesetze gewährt:

Die **Fachleistungen der Eingliederungshilfe** dienen dazu, Menschen mit Behinderungen (mehr als bisher) eine selbstständige Lebensführung zu ermöglichen. Sie sind somit ein spezieller Teil des staatlichen Fürsorgesystems und durch das Bundesteilhabegesetz aus dem Sozialhilferecht in das SGB IX verlagert worden.

Demgegenüber dient die **Grundversorgung** dazu, mit Steuergeldern das „soziokulturelle Existenzminimum“ zu gewähren. Gemeint ist damit das, was unverzichtbar benötigt wird, um bei sparsamem Wirtschaften am gesellschaftlichen Leben teilhaben zu können. Derartige Leistungen zur Mindestsicherung des Lebensunterhaltes können entweder als „Sozialhilfe“ oder als „Bürgergeld“ erbracht werden:

Bürgergeld erhalten erwerbsfähige Hilfesuchende. Für ihre nicht erwerbsfähigen Angehörigen, die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft leben (insbesondere Kinder), gilt das grundsätzlich ebenfalls. Das Bürgergeld ist im SGB II geregelt und ersetzt die früheren „Hartz IV“-Leistungen, also Arbeitslosengeld II und Sozialgeld.

Anderen nicht Erwerbsfähigen steht dagegen unverändert **Sozialhilfe** nach dem SGB XII zu. Im Alter und bei dauerhafter Erwerbsminderung (wenn ein Anspruch aus der Rentenversicherung nicht besteht oder nicht zum Leben reicht) wird sie als **Grundsicherung** erbracht. Etwa verbleibende Bedarfslücken werden durch die (nachrangige) **Hilfe zum Lebensunterhalt** geschlossen.



Abschnitt 3

Der Nachranggrundsatz

3.1 Begriff

3.2 Bedeutung für die Nachlassbeteiligung des Behinderten

3.1 Begriff

Der sog. Nachranggrundsatz gilt für alle **bedarfsabhängigen** Sozialleistungen: Vorrangig muss der Hilfesuchende sich selbst helfen, also alle anderen verfügbaren Möglichkeiten nutzen, um seinen Bedarf zu decken.

In (fast ungewohnter Klarheit) formuliert das für die Sozialhilfe § 2 SGB XII: „Sozialhilfe erhält nicht, wer sich vor allem durch Einsatz seiner Arbeitskraft, seines Einkommens und seines Vermögens selbst helfen kann oder wer die erforderliche Leistung von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält.“

Und für erwerbsfähige Arbeitssuchende gilt sinngemäß das Gleiche, festgelegt in § 2 Abs. 2 SGB II: „*Erwerbsfähige Leistungsberechtigte und die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen haben in eigener Verantwortung alle Möglichkeiten zu nutzen, ihren Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln und Kräften zu bestreiten. Erwerbsfähige Leistungsberechtigte müssen ihre Arbeitskraft zur Beschaffung des Lebensunterhalts für sich und die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen einsetzen.*“

3.2 Bedeutung für die Nachlassbeteiligung des Behinderten

Der Nachranggrundsatz gilt auch für verwertbare Mittel, die der Behinderte aus dem Nachlass des Verstorbenen erhält. Sie werden im Sozialrecht wie anderes Einkommen und Vermögen behandelt. Deshalb hat er sie vorrangig einzusetzen, um seinen Lebensunterhalt zu bestreiten. Bis sie verbraucht

sind, werden (grundsätzlich) keine bedarfsabhängigen Sozialleistungen gewährt. Falls erforderlich, kann der Hilfesuchende weitere Mittel überbrückungsweise als Darlehen erhalten. Nämlich dann, wenn seine Nachlassbeteiligung zunächst keine „flüssigen“ Mittel enthält.

„Die Nachlassbeteiligung: Einkommen oder Vermögen?“

i

Einkommen und Vermögen werden im Zusammenhang mit bedarfsabhängigen Sozialleistungen unterschiedlich behandelt:

- ▶ **Einkommen** muss vollständig zur Bedarfsdeckung verbraucht werden.
- ▶ **Vermögen** wird demgegenüber vom Gesetz teilweise verschont, solches „Schonvermögen“ muss der Hilfeempfänger (vorläufig) nicht für seinen Lebensunterhalt einsetzen.

Doch was ist eine Nachlassbeteiligung: Voll einzusetzendes Einkommen oder teilweise zu verschonendes Vermögen? Entscheidend ist, so das **Bundessozialgericht**, wann dem Betroffenen die Mittel aus der Erbschaft zufließen:

- ▶ Vermögen ist, was der Hilfeempfänger schon vor seiner „Bedarfszeit“ gehabt hat.
- ▶ Einkommen ist, was er während der „Bedarfszeit“ erhält.

Die „Bedarfszeit“ beginnt dabei mit dem Anfang desjenigen Monats, in welchem der Leistungsantrag gestellt wird.

Alles, was danach zufließt, ist also grundsätzlich (voll einzusetzendes) Einkommen. Normalerweise kommt es dabei auf den tatsächlichen Zufluss an. Deshalb ist die Nachlassbeteiligung noch nicht zugeflossen, solange sie sich vom Hilfesuchenden nicht versilbern lässt.

- ▶ Bei einer **Erbschaft** gilt der „Vonselbsterwerb“ – mit dem letzten Atemzug des Verstorbenen wird der Erbe zum neuen Inhaber des Vermögens (§ 1942 BGB). Auch ein Miterbe kann seinen Erbteil sofort, z.B. durch Verkauf, verwerten. Ist der Erblasser vor dem Bedarfszeitraum gestorben, hat sein Allein- oder Miterbe daher (teilweise zu schonendes) Vermögen erhalten, nicht (voll einzusetzendes) Einkommen.

- ▶ **Vermächtnisse** oder **Pflichtteilsansprüche** begründen demgegenüber zunächst nur einen Anspruch gegen den (oder die) Erben. Zum tatsächlichen Zufluss beim Inhaber dieser Forderung kommt es erst, wenn er die geschuldete Leistung erhält. Geschieht dies in der Bedarfszeit, handelt es sich immer um Einkommen. Auch dann, wenn damit nur ein Anspruch erfüllt wird, der schon vor der Bedarfszeit entstanden ist.

BSG, Urteil vom 24.2.2011 - B 14 AS 45/09 R; | BSG, Urteil vom 28.10.2009 - B 14 AS 62/08 R.

Primärziel und Gestaltungsmittel

4.1 Primärziel eines Behindertentestaments

4.2 Testamentvollstreckung – einige wichtige Begriffe

4.3 Die Testamentvollstreckung als „schützende Käseglocke“

4.4 Unter der „Käseglocke“: Die Verwaltungsanordnung als „Herz des Behindertentestaments“ Die „Goldenen Regeln“ | Der „Leistungskatalog“

4.5 Der Testamentvollstrecker – die Schlüsselfigur

4.6 Die Vergütung des Testamentvollstreckers

4.1 Primärziel eines Behindertentestaments

Die Nachlassbeteiligung soll den Lebensstandard des behinderten Angehörigen nachhaltig und angemessen verbessern. Das ist das vorrangige Ziel, welches mit einem Behindertentestament erreicht werden soll, also das „Primärziel“.

Erreicht werden kann es allerdings nur, wenn der Betroffene die ererbten Mittel nicht für sein „soziokulturelles Existenzminimum“ verwenden muss. Somit nur dann, wenn die Nachlassbeteiligung nicht den Staat von seiner Pflicht befreit,

durch Sozialleistungen für diesen unverzichtbaren Grundbedarf des behinderten Menschen aufzukommen.

Dazu muss der in Abschnitt 3 vorgestellte Nachranggrundsatz ausgehebelt werden. Um dieses Zwischenziel zu verwirklichen, ist die Nachlassbeteiligung so zu gestalten, dass sie im sozialrechtlichen Sinn „unverwertbar“ wird. Denn nur Einkommen und Vermögen, das der Hilfesuchende zur Bedarfsdeckung verwerten kann, muss er auch dafür einsetzen.

4.2 Testamentvollstreckung – einige wichtige Begriffe

Das Gestaltungsmittel, mit dem die Nachlassbeteiligung „unverwertbar“ gemacht wird, ist die in jedem Behindertentestament anzuordnende Verwaltungstestamentvollstreckung. Ohne Kenntnis einiger rechtlicher Begriffe lässt sich die zugrundeliegende Konstruktion einer Testamentvollstreckung jedoch kaum verstehen. Also worum geht es dabei?

Das Testament enthält den Nachlassverteilungsplan des späteren Erblassers. Dieser legt darin fest, wer nach seinem Tod etwas aus dem hinterlassenen Vermögen erhalten soll und wie diese Beteiligung konkret aussehen soll. Selbst umsetzen kann der Erblasser seine Anordnungen, aus naheliegender Grund, dann nicht mehr.

Mit der Testamentvollstreckung stellt ihm das Gesetz jedoch ein geeignetes Werkzeug zur Verfügung. Denn der Testamentvollstrecker wird manchmal auch plakativ als „der verlängerte Arm des Erblassers aus der Gruft heraus“

bezeichnet. Soweit ihm das der Erblasser zur Aufgabe gemacht hat, hat der Testamentvollstrecker deshalb den „letzten Willen“ auszuführen:

► Gesetzlicher Regelfall ist dabei die „**Abwicklungsvollstreckung**“ (§§ 2303 und 2304 BGB): Bei ihr hat der Testamentvollstrecker die Anordnungen des Erblassers auszuführen und – bei mehreren Miterben – auch an der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft mitzuwirken. Der Erblasser ordnet eine „Abwicklungsvollstreckung“ insbesondere dann an, wenn er fürchtet, dass (mindestens) eine der bedachten Personen die Umsetzung des Nachlassverteilungsplanes verzögern oder blockieren könnte und damit langwierige Erbstreitigkeiten drohen. Die Tätigkeit des Abwicklungsvollstreckers endet, sobald er die ihm zugewiesenen Vermögenszuordnungen vorgenommen hat. Danach kann also jeder Bedachte mit dem ererbten Vermögen machen, was er will.

► Eine andere Zielrichtung hat die „**Verwaltungsvollstreckung**“ (§ 2209 Satz 1, Halbsatz 1 BGB): Hier hat der Testamentsvollstrecker die betroffene Nachlassbeteiligung dauerhaft (anstelle des Bedachten) zu verwalten. Naheliegenderes Motiv für ihre Anordnung ist die Befürchtung, der Bedachte könne nicht verantwortungsvoll mit dem ererbten Vermögen umgehen. Beim Behindertentestament wird sie demgegenüber eingesetzt, um die betroffene Nachlassbeteiligung sozialrechtlich „unverwertbar“ zu machen. Andere Aufgaben, wie z.B. die Erbauseinandersetzung oder die Ausführung anderer testamentarischer Anordnungen, hat ein Verwaltungsvollstrecker nicht.

► Abwicklungsvollstreckung und Verwaltungsvollstreckung können auch kombiniert angeordnet werden, als „**Dauervollstreckung**“ (§ 2209 Satz 1, Halbsatz 2 BGB): Im ersten Schritt wirkt der Testamentsvollstrecker bei der Nachlassverteilung mit, danach verwaltet er dauerhaft für (mindestens) einen Bedachten diejenigen Vermögenswerte, welche dieser erhalten hat.

4.3 Die Testamentsvollstreckung als „schützende Käseglocke“

Mit Anordnung von Testamentsvollstreckung steht die Befugnis, die betroffene Nachlassbeteiligung zu verwalten und über zu ihr gehörende Nachlassgegenstände zu verfügen, ausschließlich dem Testamentsvollstrecker zu. Geregelt ist das in den §§ 2211 Abs. 1 und 2214 BGB:

§ 2211 Abs. 1 BGB

„Über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand kann der Erbe nicht verfügen.“

§ 2214 BGB

„Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlassgläubigern gehören, können sich nicht an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstände halten.“

Für das Behindertentestament bedeutet das: Der betroffene Angehörige hat auf seine Nachlassbeteiligung und die damit verbundenen Vermögensvorteile keinen Zugriff, obwohl sie ihm gehören.

Damit kann er sie nicht für seine eigenen Zwecke verwenden. Auch nicht dazu, den für seine Versorgung erforderlichen Bedarf zu decken. Sozialrechtlich wird dieses Vermögen erst einmal „unverwertbar“. Es befindet sich unter der „schützenden Käseglocke“ der Testamentsvollstreckung, solange diese besteht. Damit wird klar, dass für einen dauerhaften Schutz in jedem Fall eine Verwaltungstestamentsvollstreckung angeordnet werden muss.



4.4 Unter der „Käseglocke“: Die Verwaltungsanordnung als „Herz des Behindertentestaments“

Durch die „Käseglocke“ werden sowohl der Betroffene als auch alle anderen von der Nachlassbeteiligung ferngehalten. Die Testamentsvollstreckung hat somit eine „**Negativwirkung gegenüber Dritten**“.

Mit diesem Schutz der Nachlassbeteiligung ist das Ziel aber noch nicht erreicht. Der Erblasser muss zusätzlich noch sicherstellen, dass die geschützten Vermögenswerte (ausschließlich) dazu verwendet werden, dem betroffenen Angehörigen Annehmlichkeiten zu verschaffen, die ihm sonst vorenthalten bleiben würden. Als Gestaltungsmittel für diese „**Positivwirkung gegenüber dem Behinderten**“ bietet das Gesetz die Verwaltungsanordnung an:

§ 2216 Abs. 2 BGB

„Anordnungen, die der Erblasser für die Verwaltung durch letztwillige Verfügung getroffen hat, sind von dem Testamentsvollstrecker zu befolgen. ...“

Die Verwaltungsanordnung ist das „Herz“ eines Behindertentestaments. Dabei ist es grundsätzlich „Geschmackssache“, wie detailliert sie gestaltet wird.

Die „Goldenen Regeln“

Unentbehrlich sind jedoch konkrete Vorgaben, wozu das verwaltete Vermögen nicht verwendet werden darf. Diese **negativen Anweisungen** an den Testamentsvollstrecker sind notwendig, um den Schutz durch die „Käseglocke“ nicht aufzuweichen oder gar wegfallen zu lassen:

▶ Er darf keine Annehmlichkeiten finanzieren, auf die der Betroffene ohnehin einen Anspruch gegen einen Sozialleistungsträger oder einen anderen Dritten hat.

▶ Und er darf sämtliche Leistungen nur so erbringen, dass sie weder zum Wegfall noch zu einer Kürzung von Sozialleistungen führen. Bezieht der Betroffene bedarfsabhängige Sozialleistungen, dürfen ihm deshalb Geldbeträge nicht zur freien Verfügung überlassen werden. Zumindest nicht, wenn und soweit dadurch die maßgebenden Einkommensgrenzen überschritten würden.

▶ Aufwändungsersatz- und Vergütungsansprüche für jede Art von Betreuer oder Verfahrenspfleger, die für den Behinderten bestellt werden, dürfen nicht vom Testamentsvollstrecker bezahlt werden.

Die Verwaltungsanordnung muss diese Anweisungen unmissverständlich beinhalten. Auf den konkreten Wortlaut kommt es dabei nicht an.

„Wer bezahlt den Betreuer?“



Einem gerichtlich bestellten Betreuer steht eine Vergütung zu. Gleiches gilt für einen Verfahrenspfleger. Das ist jemand, der dem Betroffenen zur Seite gestellt wird, um dessen Rechte im Verfahren vor dem Betreuungsgericht zu wahren, wenn es um die Betreuerbestellung oder Entscheidungen des Betreuers geht.

▶ Vergütung und Aufwändungsersatz für einen Verfahrenspfleger sind immer von der **Staatskasse** zu bezahlen (§ 277 Abs. 5 FamFG). Für einen Betreuer demgegenüber nur, wenn der Betroffene mittellos ist (§§ 1879, 1880 BGB).

▶ Verfügt der Betroffene über Einkommen oder Vermögen, welches über den im Sozialhilferecht (SGB XII) festgelegten Grenzen liegt, muss er diese Kosten somit **selbst** tragen.

Eine Verwaltungsanordnung, die dazu schweigt, muss – so

hat es der **Bundesgerichtshof** entschieden – ausgelegt werden. Sie sollte deshalb eine eindeutige Aussage enthalten.

BGH, Urteil vom 27.3.2013 – XII ZB 679/11 | BGH, Beschluss vom 1.2.2017 – XII ZB 299/15.

Vorsorglich kann Gleiches auch in Bezug auf Aufwendungsbeiträge für erhaltene Eingliederungshilfen angeordnet werden. Der Erblasser verdeutlicht dann, dass die Nachlassbeteiligung auch insoweit nicht zur Entlastung des Sozialleistungsträgers verwendet werden darf. Eine Anweisung, dem Betroffenen keine Geldbeträge zur freien Verfügung zu überlassen, wenn und soweit dadurch die maßgebenden Einkommensgrenzen überschritten würden, ist lediglich ein zusätzliches Warnsignal an den (womöglich unerfahrenen) Testamentsvollstrecker. Sie ist eigentlich schon in der zweiten „Goldenen Regel“ enthalten.

Der „Leistungskatalog“

In die Verwaltungsanordnung kann ein (positiver) Leistungskatalog aufgenommen werden. Zwingend erforderlich ist das nicht. Als Orientierungshilfe vermag er aber einem „nicht professionellen“ Testamentsvollstrecker die Arbeit erleichtern.

Der Katalog führt Annehmlichkeiten auf, die aus der Nachlassbeteiligung finanziert werden dürfen. Er ist nicht abschließend, sondern enthält nur wichtige Beispiele. Für die konkrete Umsetzung der Anweisung muss der Erblasser seinem Testamentsvollstrecker ohnehin einen weiten Entscheidungsspielraum einräumen. Oder, in der Sprache der Juristen, ein „freies Ermessen“.

„Eingliederungshilfe – Wofür muss der Empfänger Aufwendungsbeiträge leisten?“

Nach der Neuregelung der Eingliederungshilfe können behinderte Menschen privilegierte oder nicht privilegierte Leistungen erhalten. Nur für „**nicht privilegierte Leistungen**“ kann von ihnen ein Aufwendungsbeitrag verlangt werden. Allerdings auch nur dann, wenn ihr Einkommen oder Vermögen gesetzlich festgelegte Grenzen übersteigt. Da wird es etwas kompliziert:

► Beim **Einkommen** hängt die Grenze (gemäß § 136 Abs. 2 SGB IX) davon ab, aus welcher der drei Quellen es hauptsächlich bezogen wird: (1) Sozialversicherungspflichtige oder selbstständige Tätigkeit, (2) nicht sozialversicherungspflichtige Tätigkeit oder (3) Renteneinkünfte. Bezugsgröße ist stets das in § 18 Abs. 1 des Vierten Buches des Sozialgesetzes (SGB IV) gesetzlich festgelegte „Durchschnittsentgelt der gesetzlichen Rentenversicherung“. Im Jahr 2023 beträgt diese Bezugsgröße 40.740 €. Je nach Einkommensquelle (1) bis (3) beträgt die Grenze dann 85/75/60 Prozent dieser Bezugsgröße. Nur wer mehr verdient, muss einen Aufwendungsbeitrag für erhaltene, nicht privilegierte Leistungen der Eingliederungshilfe leisten. Die Beitragspflicht beschränkt sich zudem auf zwei Prozent des überschüssigen Einkommensbetrages. Ist der Leistungsempfänger verheiratet und/oder hat er Kinder, gibt es prozentuale Aufschläge auf den Grenzbetrag: Der Partnerzuschlag beträgt 15%, der für jedes Kind 10%. Keine Sorge – das klingt komplizierter als es bei der praktischen Anwendung ist.

► Beim **Vermögen** beträgt der Freibetrag 150% derselben Bezugsgröße, im Jahr 2023 also 61.110 €. Was allerdings wenig hilft, wenn zugleich bedarfsabhängige Leistungen nach dem SGB XII bezogen werden, also insbesondere Grundsicherung oder Hilfe zum Lebensunterhalt. Denn dann gilt insgesamt die weiterhin unveränderte und niedrigere Schonvermögensgrenze des Sozialhilferechts, die gemäß § 90 SGB XII seit 2023 nun bei 10.000 € liegt.

„**Privilegiert**“, also von der Aufwendungsbeitragspflicht ausgenommen, sind lediglich die in § 138 SGB IX aufgeführten Leistungen der Eingliederungshilfe, insbesondere Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben (Werkstatt für behinderte Menschen, andere Leistungsanbieter, Budget für Arbeit). Zu diesen Leistungen vgl. auch den Infokasten auf Seite 06 .

4.5 Der Testamentsvollstrecker – die Schlüsselfigur

Muss man „gelernter“ Testamentsvollstrecker sein?

Um Testamentsvollstrecker werden zu können, sind keine speziellen beruflichen Qualifikationen erforderlich. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers braucht ein Testamentsvollstrecker keinen „Führerschein“. Ebenso wenig wie ein Betreuer oder wie Eltern, wenn sie das Vermögen des Betreuten bzw. ihres minderjährigen Kindes verwalten. Das einzige Kriterium, das wirklich zählt, ist das Vertrauen des Erblassers. Denn der Testamentsvollstrecker ist, Sie erinnern sich, dessen „verlängerter Arm aus der Gruft heraus“.

Ideal ist es deshalb, wenn es im persönlichen Umfeld eine geeignete Person gibt, also in der Familie oder im Freundes- und Bekanntenkreis. Weder sind dabei schon vorhandene Erfahrungen als Testamentsvollstrecker erforderlich, noch besonderes Know-how. Denn dieses kann sich der Testamentsvollstrecker beschaffen: Um die Erbschaftsteuererklärung zu erstellen, lässt sich ein Steuerberater engagieren.

Wird rechtlicher Rat benötigt, kann ein Rechtsanwalt eingeschaltet werden. Muss in der verwalteten Nachlassimmobilie eine Wasserleitung erneuert werden, wird ein Installateur beauftragt. Die Kosten dafür darf der Testamentsvollstrecker aus der verwalteten Nachlassbeteiligung begleichen.

Die entscheidenden Kriterien für die Eignung sind deshalb andere: Ist der Kandidat charakterlich geeignet, also ehrlich und zuverlässig? Wird er beim Erbfall voraussichtlich noch leben und dann „jung genug“ sein, um das Amt anzutreten? Wird er umgekehrt schon über ein Mindestmaß an eigener Lebenserfahrung verfügen? Wie ist sein persönliches Verhältnis zum betroffenen Angehörigen? Besteht zwischen den beiden eine gefestigte Abneigung oder gar ein dauerhaftes Zerwürfnis, erweist der Erblasser keinem von beiden einen Gefallen, wenn er sie durch die Testamentsvollstreckung aneinanderkettet.

Muss der ernannte Testamentsvollstrecker das Amt übernehmen?

Die Antwort ist ein klares „nein“!

Niemand ist gezwungen, Testamentsvollstrecker zu werden, nur weil ihn der Verstorbene im Testament dazu ernannt hat. Selbst wenn ihm der Erblasser vor Errichtung seines Testaments eine Zusage abgerungen hat. Denn niemand kann sagen, wann der Erbfall eintritt. Und ob der vorgesehene Testamentsvollstrecker dann selbst überhaupt noch lebt und gesundheitlich in der Lage ist, das Amt auszuüben.

Deshalb muss im Testament immer gleich ein „Plan B“ eingearbeitet werden. Hier gibt es mehrere Möglichkeiten, die sich auch zwanglos kombinieren lassen:

Ein „Nachfolgerbenennungsrecht“ erlaubt es dem zunächst Ernannten, seinen Nachfolger selbst zu bestimmen. Auch dann, wenn er selbst das Amt nicht mehr antreten möchte.

§ 2199 Abs. 2 BGB

„Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker ermächtigen, einen Nachfolger zu ernennen.“

Mit Ernennung eines „Ersatztestamentsvollstreckers“ sorgt der Erblasser für den Fall vor, dass sein Favorit wegfallen sollte, ohne einen Nachfolger benannt zu haben. Sei es, weil er keine Gelegenheit mehr dazu gehabt hat, oder weil ihm der Erblasser nicht das Recht dazu eingeräumt hat.

§ 2197 Abs. 2 BGB

„Der Erblasser kann für den Fall, dass der ernannte Testamentsvollstrecker vor oder nach der Annahme des Amtes wegfällt, einen anderen Testamentsvollstrecker ernennen.“

Im Testament kann die Befugnis, den Testamentsvollstrecker zu ernennen, generell einem Dritten zugedacht werden. Einschließlich der Möglichkeit, dass dieser sich selbst auswählt.

§ 2198 Abs. 1 BGB

„Der Erblasser kann die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten überlassen. Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht; die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben.“

Als letzte Absicherung sollte immer das Ersuchen an das Nachlassgericht aufgenommen werden, einen Testamentsvollstrecker zu ernennen. Falls – vor Ende der Testamentsvollstreckung – keine der vom Erblasser (unmittelbar oder mittelbar) bestimmten Personen amtieren kann oder will.

§ 2200 BGB

„Hat der Erblasser in dem Testament das Nachlassgericht ersucht, einen Testamentsvollstrecker zu ernennen, so kann das Nachlassgericht die Ernennung vornehmen...“

Auch die Ernennung mehrerer „Mitvollstrecker“, die das Amt gemeinsam ausüben und sich dabei gegenseitig entlasten, aber auch kontrollieren, ist möglich. Als Standardlösung ist dies allerdings, wegen der zusätzlichen „Bürokratisierung“, nicht zu empfehlen.

§ 2224 Abs. 1 BGB

„Mehrere Testamentsvollstrecker führen das Amt gemeinschaftlich; bei einer Meinungsverschiedenheit entscheidet das Nachlassgericht. Fällt einer von ihnen weg, so führen die übrigen das Amt allein. Der Erblasser kann abweichende Anordnungen treffen.“

§ 2197 Abs. 1 BGB

„Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker ermächtigen, einen oder mehrere Mitvollstrecker zu ernennen.“

Das Gesetz lässt hier also eine Vielzahl von Gestaltungen zu. Welche die „richtige“ ist, hängt von den konkreten Gegebenheiten ab.

4.6 Die Vergütung des Testamentsvollstreckers

Der Testamentsvollstrecker muss in seine Tätigkeit Zeit und Arbeitskraft investieren. Die Entscheidung, ob und in welcher Höhe er dafür ein Honorar erhält, überlässt das Gesetz dem Erblasser:

§ 2221 BGB

„Der Testamentsvollstrecker kann für die Führung seines Amtes eine angemessene Vergütung verlangen, sofern nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat.“

Wird zum Testamentsvollstrecker eine nahestehende Person ernannt, geht der Erblasser regelmäßig davon aus, dass diese das Amt ohne Entlohnung ausüben wird und lediglich ihre Auslagen ersetzt bekommt, also z.B. Fahrtkosten, Porto und dergleichen.

Vorsicht vor unausgesprochenen Erwartungshaltungen! Auch wer selbst eine Nachlassbeteiligung erhält, ist deshalb nicht verpflichtet, das Amt des Testamentsvollstreckers zu übernehmen. Theoretisch lässt sich zwar beides durch eine Bedingung verknüpfen („Nachlassbeteiligung nur bei Übernahme der Testamentsvollstreckung“), was aber zu noch komplexeren Folgeproblemen führen kann: Was passiert, wenn der Auserwählte das Amt zwar antritt, aber nur kurzzeitig ausübt? Beispielsweise, weil er vorzeitig durch Krankheit oder Tod ausfällt?

Ebenso wenig kann normalerweise erwartet werden, dass der Testamentsvollstrecker seine Arbeit „umsonst“ erledigt. Das gilt besonders für „Fremde“, die vom Erblasser, dem ursprünglichen Testamentsvollstrecker oder gar dem Nachlassgericht ernannt worden sind.

Für sie kann im Testament zwar die konkrete Honorarhöhe festgesetzt werden (z.B. Pauschalen oder Stundensätze). Nach dem Erbfall kann diese sich jedoch als unangemessen niedrig erweisen, besonders wenn bis dahin noch etliche Zeit vergehen wird.

Die Frage, wie hoch die vom Gesetz vorgesehene „angemessene Vergütung“ im konkreten Fall ist, ist so alt wie die Regelung selbst. Um sie zu beantworten, sind schnell verschiedene Tabellen entwickelt worden. Ihre Ergebnisse weichen meist nur geringfügig voneinander ab.

Das Risiko, dass später über das Honorar des Testamentsvollstreckers gestritten wird, lässt sich reduzieren. Zum einen, indem der Erblasser festlegt, aus welchem Tabellenwerk die Vergütung bestimmt werden soll. Zum anderen, indem er es dem Testamentsvollstrecker zwar überlässt, sein Honorar selbst auf dieser Grundlage zu berechnen. Aber gleichzeitig eine gerichtliche Überprüfung vorsieht, falls der behinderte Angehörige (oder sein etwaiger Betreuer) dies verlangt. Oder diejenigen Personen, welche nach dem Tod des Betroffenen das „Restvermögen unter der Käseglocke“ erhalten haben.

„Tabelle des Deutschen Notarvereins“



Seit mehr als 100 Jahren bewährt ist die Tabelle des Deutschen Notarvereins (aufgrund ihrer historischen Wurzeln auch als „Rheinische Tabelle“ bezeichnet). Sie ist in der Praxis weit verbreitet und regelmäßig aktualisiert worden.

Sie geht von einem Vergütungsgrundbetrag aus. Dieser entspricht einem (mit zunehmender Vermögensgröße kleiner werdenden) Prozentsatz vom Bruttowert des Nachlasses. Dieser Prozentsatz ist gestaffelt: Von maximal 4% bis 250.000 € Nachlasswert, bis minimal 1,5% ab 5 Mio €. Bei bloßer Vermächtniserfüllung ist der Wert der Vermächtnisse maßgebend.

Mit dem Vergütungsgrundbetrag ist die einfache Abwicklungsvollstreckung (einfach strukturierter Nachlass, glatte Abwicklung, einschließlich Erledigung der deutschen Erbschaftsteuererklärung) abgegolten. Ist im konkreten Fall jedoch ein höherer Aufwand erforderlich, sieht die Tabelle Zuschläge vor. Z.B., wenn der Testamentsvollstrecker auch die Erbauseinandersetzung durchzuführen oder Vermächtnisse zu erfüllen hat oder die Zusammensetzung des Nachlasses Mehrarbeit verursacht (z.B. bei Auslandsvermögen, noch abzuwickelnden Rechtsstreitigkeiten des Erblassers oder erforderlichen Vermögensumstrukturierungen). Auch Besonderheiten in Bezug auf die am Nachlass Beteiligten (Minderjährige, Erben im Ausland) können den Aufwand erhöhen.

Die Tätigkeit als Verwaltungsvollstrecker wird, bis zu ihrem Ende, in der Regel durch eine jährliche Vergütung honoriert. Für deren Ermittlung sind zwei Rechengrößen zu vergleichen, der höhere Betrag ist das tatsächliche Honorar:

Erster Vergleichsbetrag: jährlich 0,33 bis 0,5% vom Bruttowert des verwalteten Vermögens.

Zweiter Vergleichsbetrag: 2 bis 4% des jährlichen Bruttoertrages des verwalteten Vermögens.

Beispiel: Bruttowert der verwalteten Nachlassbeteiligung sind 200.000 €, daraus wurden im letzten Jahr 4.000 € Bruttoertrag (also 2% Rendite) erwirtschaftet. Die Vergleichsbeträge belaufen sich somit auf maximal 1.000 € (= ein halbes Prozent aus 200.000 €) bzw. 160 € (= vier Prozent aus 4.000 €). Der Testamentsvollstrecker könnte also für dieses Jahr eine Vergütung von 1.000 € beanspruchen.

Im Regelfall ist die Testamentsvollstreckervergütung umsatzsteuerpflichtig. Aus der Tabelle des Deutschen Notarvereins geht eindeutig hervor, dass die dortigen Beträge „Nettobeträge“ sind, eine etwa dem Fiskus geschuldete Umsatzsteuer also noch aufzuschlagen ist. Nicht in allen Tabellenwerken ist das so eindeutig geregelt. Deshalb ist eine klare, vorsorgliche Regelung im Testament immer anzuraten.

Die Tabelle des Deutschen Notarvereins können Sie im Internet kostenfrei herunterladen, z.B. unter

- ▶ www.dnotv.de/Dokumente/Testamentsvollstrecker
- ▶ www.dnoti.de/arbeitshilfen/erbrecht/

Sekundärziel und Gestaltungsmittel

5.1 Sekundärziel eines Behindertentestaments

5.2 Der Status des Behinderten:

Erbe? | Vermächtnisnehmer? | Pflichtteilsberechtigter?

5.3 Die Nachlassbeteiligungen auf Lebenszeit:

„Nacherbfolge“ | „Nachvermächtnis“

5.4 Die verschiedenen Modelle

5.1 Sekundärziel eines Behindertentestaments

Die lebenslange Versorgung ist das primäre Ziel des Behindertentestament. Mit dem Tod des behinderten Angehörigen wird dieses Ziel hinfällig. Doch was geschieht dann mit Vermögen, welches zu diesem Zeitpunkt noch unter der „schützenden Käseglocke“ übrig ist?

Ohne zusätzliche Regelung im Behindertentestament fällt der Rest der Nachlassbeteiligung an die Erben des nun verstorbenen Behinderten. Zusammen mit seinem sonstigen

Vermögen, falls er solches gehabt haben sollte. Doch nach dem Tod des Hilfeempfängers schließt der Sozialhilfeträger seine Akte noch nicht. Er wird vielmehr versuchen, für die dem Verstorbenen geleistete Hilfe von den Erben Ersatz zu bekommen. Die gesetzliche Erbenhaftung für Sozialhilfeleistungen ist nichts anderes als der schon bekannte Nachranggrundsatz, er ändert jetzt nur seine Erscheinungsform.

Für Leistungen nach dem SGB II (jetzt „Bürgergeld“) besteht seit August 2016 keine Erbenhaftung mehr.

„Erbenhaftung für Sozialhilfeleistungen“

i

Das Gesetz sieht eine (inhaltlich eingeschränkte) Haftung der Erben eines Sozialhilfeempfängers vor. Rechtsgrundlage dafür ist § 102 SGB XII:

► **Wofür haften die Erben?** Grundsätzlich für alle Sozialhilfeleistungen. Ausgenommen sind jedoch generell Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung.

► **In welchem Umfang haften die Erben?** Die Obergrenze ist in jedem Fall der „Reinwert“ des Nachlasses. Das bedeutet zum einen, dass andere Schulden vorrangig abgezogen werden. Und zum anderen, dass das eigene Vermögen der Erben vom Sozialhilferegress in keinem Fall bedroht ist. Durch folgende Regeln werden darüber hinaus Teile des ererbten Vermögens zusätzlich verschont:

- **„Bagatellgrenze“:** Nur für Leistungen, welche der Hilfeempfänger innerhalb der letzten zehn Jahre vor seinem Tod bezogen hat, ist überhaupt ein Regress möglich. Und zusätzlich nur, soweit deren Summe über der „Bagatellgrenze“ liegt.

Deren Höhe definiert das Gesetz als „das Dreifache des Grundbetrages nach § 85 Abs. 1 SGB XII“. Um dafür eine konkrete Zahl zu erhalten, muss man sich auf eine kurze „Schnitzeljagd“ durch das Zwölfte Buch des Sozialgesetzbuches begeben. Denn § 85 Abs. 1 SGB XII nennt gar keinen Grundbetrag, sondern umschreibt ihn nur als das „Zweifache der

Regelbedarfsstufe 1 nach der Anlage 1 zu § 28 SGB XII“. Diese Regelbedarfsstufe liegt ab Jahresbeginn 2023 bei 502 €. Der „Grundbetrag“ ist das Doppelte davon, also 1.004 €. Und die **„Bagatellgrenze“** wiederum der dreifache Grundbetrag, also **3.012 €**.

- **„Freibetrag“:** Die Ersatzpflicht der Erben erstreckt sich nicht auf den gesamten Reinwert des Nachlasses. Der Freibetrag, welcher ihnen in jedem Fall bleibt, ist (auf den ersten Blick vielleicht verwirrend) wieder der dreifache Grundbetrag nach § 85 Abs. 1 SGB XII. Also im Jahr 2023 die bereits bei der „Bagatellgrenze“ errechneten 3.012 €.

- **„Freibetragserhöhung“:** Für den Ehepartner und Verwandte erhöht sich der Freibetrag auf 15.340 €. Allerdings nur, wenn sie mit dem Hilfeempfänger bis zu dessen Tod in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben und die Hauptlast einer erforderlichen Pflege getragen haben.

- **„Billigkeit“:** Im Einzelfall mag die Inanspruchnahme für den Erben eine besondere Härte bedeuten. Dann kann auch über „Bagatellgrenze“, „Freibetrag“ und „Freibetragserhöhung“ hinaus ganz oder teilweise auf den Erbenregress verzichtet werden.

Das Sekundärziel eines Behindertentestaments ist es, den „Erbenregress“ zu verhindern. Stattdessen soll der Rest „unter der Käseglocke“ Personen zugutekommen, welche der Erblasser selbst bestimmt hat: Anderen Familienangehörigen,

falls vorhanden, sonst einer gemeinnützigen Organisation (Stiftung, Verein). Dazu muss allerdings der Nachranggrundsatz ein zweites Mal ausgehebelt werden.

5.2 Der Status des Behinderten: Erbe? Vermächtnisnehmer? Pflichtteilsberechtigter?

„Wer soll in welchem Umfang (Quantität) und wie (Qualität) an dem Vermögen beteiligt sein, das ich einmal hinterlassen werde?“

Die Antwort des künftigen Erblassers auf diese Frage ist die Grundlage für jede Nachlassplanung. Für ein Behindertentestament gilt insoweit nichts anderes. In der Praxis wird leider nicht selten der falsche Ansatz gewählt: „Sie haben einen behinderten Angehörigen? Dann muss Ihr Testament folgenden Inhalt haben...“. Dadurch wird das Pferd „von hinten aufgezügelt“.

Denn tatsächlich unterscheidet sich das Behindertentestament von einer „normalen“ Nachlassplanung nur dadurch, dass für die Nachlassbeteiligung des betroffenen Angehörigen besondere Schutzmechanismen in das Testament aufgenommen werden. Durch sie werden die speziellen Gestaltungsziele des Behindertentestaments erreicht.

Die Antwort auf die eingangs gestellte Frage setzt das Wissen voraus, welche Zuordnungsmechanismen das Gesetz bereithält:

Erbe

In dem Augenblick, in dem der Erbfall eintritt, verwirklichen sich zwei grundlegende Prinzipien des deutschen Erbrechts. Die Begriffe „Gesamtrechtsnachfolge“ und „Vonselbsterwerb“ sind sperrig, ihr Inhalt dafür einfach:

§ 1922 Abs. 1 BGB

„Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erb-schaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.“

§ 1942 Abs. 1 BGB

„Die Erbschaft geht auf den berufenen Erben unbeschadet des Rechts über, sie auszuschlagen (Anfall der Erbschaft).“

Wer Erbe ist, wird somit automatisch („von selbst“) neuer Eigentümer des gesamten Vermögens, das der Verstorbene hinterlassen hat, einschließlich aller etwa vorhandener Schulden. Erbe wird man also, ohne etwas zu tun. Die Erbschaft gehört

einem auch unabhängig davon, ob man vom Erbfall und der eigenen Erbenstellung etwas weiß oder nicht. Aktiv tätig werden muss man (nur), wenn man die Erbschaft nicht haben will. Dann muss man sie ausschlagen und dabei die gesetzlich vorgegebene Frist und Form einhalten.

Mehrere Erben bilden eine Erbengemeinschaft, an der sie mit ihrer persönlichen Erbquote beteiligt sind. Das Gesetz hat eine Erbengemeinschaft als „Gemeinschaft zur gesamten Hand“ gestaltet: Stellen Sie sich dazu einfach vor, der komplette Nachlass befände sich in einem riesigen, verschlossenen Bankschließfach. Gesichert ist es durch mehrere verschiedene Schlösser, und zwar durch so viele, wie es Miterben gibt. Jeder Miterbe hat einen Schlüssel zu einem dieser Schlösser. Das Schließfach lässt sich nur öffnen, wenn sämtliche Schlüssel gleichzeitig eingesetzt werden. Also sämtliche Miterben „wie eine gesamte Hand“ handeln. Wirkt nur einer von ihnen nicht mit, blockiert er den Zugriff aller.

Vermächtnisnehmer

Anders als ein Erbe erhält ein Vermächtnisnehmer den ihm zugedachten Vermögensvorteil nicht unmittelbar vom Erblasser. Dieser hat mit dem Vermächtnis zwar den Anspruch auf eine Leistung geschaffen. Aber derjenige, welcher im Testament zu dieser Leistung verpflichtet worden ist, muss sie erst noch erbringen. Normalerweise ist das der Erbe, aber auch ein anderer Vermächtnisnehmer kann der „Beschwerte“ sein.

Mit einem Vermächtnis kann praktisch jeder Anspruch auf einen Vermögensvorteil verbunden werden: „Klassisch“ ist der Anspruch, Vermögenssubstanz zu erhalten (Geld, Sachwerte). Aber auch das Recht, die Nutzungen aus Vermögenswerten zu ziehen (z.B. Wohnungsrecht, Nießbrauch), kann Inhalt eines Vermächtnisses sein, ebenso Erwerbs- und andere Gestaltungsrechte (z.B. Recht, einen Gegenstand zu besonders günstigen Konditionen zu kaufen oder zu mieten).

Pflichtteilsberechtigter

Mit dem Pflichtteilsrecht hat der Gesetzgeber der Freiheit des Erblassers eine Grenze gesetzt: Besonders nahen Angehörigen steht eine Mindestbeteiligung am Nachlass zu.

Selbst dann, wenn der Verstorbene sie in seinem Testament übergegangen oder sogar ausdrücklich ausgeschlossen hat.

„Pflichtteil“

i

► **Wer ist pflichtteilsberechtig?** Zum pflichtteilsberechtigten Personenkreis gehören abstrakt der Ehepartner und Abkömmlinge, also alle Personen, die vom Erblasser abstammen (Kinder, Enkelkinder, Urenkel...) sowie seine Eltern. Wer konkret pflichtteilsberechtig ist, hängt dann allerdings davon ab, wer aus dieser privilegierten Personengruppe beim Erbfall tatsächlich vorhanden ist. Die Eltern scheiden aus, falls mindestens ein Abkömmling existiert. Ein Kind schließt die von ihm abstammenden Enkel und Urenkel aus – das Gesetz hat diesen nur die Rolle des „Nachrückers“ in ihrem Familienstamm zugewiesen. Geschwister, deren Kinder und andere noch entferntere Verwandte sind nie pflichtteilsberechtig!

► **Wann entsteht ein Pflichtteilsanspruch?** Nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen. Dabei ist entscheidend, welche Nachlassbeteiligung der Erblasser für den pflichtteilsberechtigten Angehörigen vorgesehen hat: **Ist dieser...**

- **...enterbt:** Dann entsteht sein Pflichtteilsanspruch automatisch. Er kann ihn ohne weiteres beim Erben einfordern.
- **...belasteter Erbe,** also mit einer Erbquote über seiner Pflichtteilsquote eingesetzt worden, aber der Erblasser hat zusätzlich mindestens eine Belastung angeordnet: Dann hat er das Recht, das Erbe auszuschlagen und stattdessen seinen Pflichtteil zu verlangen. „Belastungen“ sind dabei insbesondere Vermächtnisse, Auflagen, aber auch die Anordnung von Nacherbfolge (dazu später mehr) oder Testamentsvollstreckung.
- **...unbelasteter Erbe:** Dann hat er keinen Grund, sein Erbe auszuschlagen. Macht er das trotzdem, steht ihm kein

Pflichtteil zu! Das gilt auch, wenn seine vom Erblasser festgelegte Erbquote unter der Pflichtteilsquote liegt. Denn in diesem Fall gewährt das Gesetz einen „Zusatzpflichtteil“ in Geld. Dieser Betrag ist so groß, dass er zusammen mit dem „zu kleinen“ Erbteil genau den Pflichtteil abdeckt.

- **...Vermächtnisnehmer:** Dann kann er immer ausschlagen und stattdessen seinen Pflichtteil fordern. Er kann das Vermächtnis aber auch annehmen und, wenn dessen Wert unter dem Pflichtteil liegt, wiederum Aufstockung in Geld verlangen.

- **...überlebender Ehepartner des Verstorbenen:** Als solcher kann er, unabhängig von Art und Umfang seiner Nachlassbeteiligung, immer ausschlagen und seinen Pflichtteil beanspruchen.

► **Wie hoch ist der Pflichtteil?** Für die Berechnung des Pflichtteils benötigt man zwei Zahlen. Zum einen den Reinwert des Nachlasses zum Todeszeitpunkt (§ 2311 BGB). Und zum anderen die konkrete Pflichtteilsquote des Berechtigten. Um diese zu ermitteln, muss man sich das Testament wegdenken und so tun, also ob die gesetzliche Erbfolge eingetreten wäre: Die Hälfte der Erbquote, die der Pflichtteilsberechtigte dabei erhalten hätte, ist seine Pflichtteilsquote (§ 2303 Absatz 1 Satz 2 BGB).

Etwas komplizierter ist es lediglich beim überlebenden Ehepartner. Denn hier hängt die Pflichtteilsquote zusätzlich vom Güterstand ab, in welchem er mit dem Verstorbenen verheiratet gewesen ist.

Wie jeder andere Angehörige des Erblassers kann daher auch der Behinderte im Testament als Erbe oder Vermächtnisnehmer eingesetzt werden. Den Pflichtteil erhält er stattdessen, wenn er zum privilegierten Personenkreis zählt und

entweder enterbt worden ist oder seine Nachlassbeteiligung ausschlägt. Wer über eine solche Ausschlagung zu entscheiden hat, ist in Abschnitt 7.1 erläutert.

5.3 Die Nachlassbeteiligungen auf Lebenszeit: „Nacherbfolge“ und „Nachvermächtnis“

Für das Gestaltungsziel, dem behinderten Angehörigen seine Nachlassbeteiligung (nur) auf Lebenszeit zu belassen, stehen verschiedene Gestaltungsmittel zur Verfügung:
Beim Alleinerben und Miterben kann der Erblasser eine

Nacherbfolge

Rechtsgrundlage dafür ist **§ 2100 BGB**

„Der Erblasser kann einen Erben in der Weise einsetzen, dass dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist (Nacherbe).“

Der behinderte Angehörige wird hier also als „Erbe auf Zeit“ eingesetzt, in der Sprache des Gesetzes ist er „Vorerbe“. In seinem Testament legt der Erblasser nicht nur fest, wer als „Nacherbe“ das erhält, was beim Erbfall zunächst der Vorerbe bekommen hat. Sondern auch das Ereignis, wann das geschieht. Ohne abweichende Anordnung tritt dieser „Nacherbfall“ beim Tod des Vorerben ein, so dass dieser „Erbe auf Lebenszeit“ ist.

Der behinderte Vorerbe ist für das ererbte Vermögen nur „Durchlauferhitzer“. Seine Nachlassbeteiligung, also die „Vorerbschaft“, bleibt kraft Gesetzes von seinem sonstigen Vermögen, getrennt. Nur dieses fällt bei seinem Tod an seine eigenen Erben und ist gegebenenfalls einem Sozialhilferegress ausgesetzt. Einen nennenswerten Umfang hat ein solches „Eigenvermögen“ beim behinderten Angehörigen regelmäßig nicht. Diese rechtliche Trennung von „Vorerbschaft“ und „Eigenvermögen“ ist mit einigen Nebenwirkungen verbunden, die im Alltag nicht selten als lästig empfunden werden: Vorerbschaft und Eigenvermögen müssen sauber getrennt werden, jede Vermischung ist zu vermeiden. Für die Vorerbschaft sind gesetzliche Verfügungsbeschränkungen zu beachten. Durch sie wird der Grundsatz der „Substanzerhaltung“ abgesichert. Der Vorerbe darf deshalb bestimmte Vermögenswerte nicht aus der Vorerbschaft veräußern, selbst wenn dafür eine gleichwertige Gegenleistung zurückfließen würde. Verschenken darf er erst recht nichts.

§ 2112 BGB

„Der Vorerbe kann über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verfügen, soweit sich nicht aus den Vorschriften der §§ 2113 bis 2115 ein anderes ergibt.“

sogenannte Nacherbfolge anordnen. Wird der Behinderte nicht Erbe, sondern erhält er stattdessen ein Vermächtnis, wird das Ziel durch ein Nachvermächtnis erreicht.

§ 2113 Abs. 1 und 2 BGB

(1) Die Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder Recht an einem Grundstück oder über ein zur Erbschaft gehörendes eingetragenes Schiff oder Schiffsbauwerk ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde.

(2) Das Gleiche gilt von der Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt. Ausgenommen sind Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird.“

Von der Einhaltung dieser Beschränkungen kann der Erblasser den Vorerben zwar weitgehend befreien.

§ 2136 BGB

„Der Erblasser kann den Vorerben von den Beschränkungen und Verpflichtungen des § 2113 Abs. 1 und der §§ 2114, 2116 bis 2119, 2123, 2127 bis 2131, 2133, 2134 befreien.“

Damit würde er beim Behindertentestament allerdings eine Hintertüre öffnen, durch welche der Sozialleistungsträger doch wieder Zugriff auf das zu schützende Vermögen bekommen würde. Deshalb sind nur ganz wenige Befreiungen zu empfehlen, besonders nicht von der Beschränkung des § 2134 BGB. Mehr Informationen dazu gibt es in Abschnitt 7.1 unter dem Schlagwort „Der zu sehr befreite Vorerbe“.

Die Nacherben sind schon nach dem Tod des Erblassers ein bisschen Erbe, aber noch nicht richtig. Für diesen Zustand haben die Juristen den Begriff des „Anwartschaftsrechts“ erfunden. Als künftigen Erben in Warteposition billigt das Gesetz den Nacherben bestimmte Auskunfts- und Sicherungsrechte zu. Beim Behindertentestament können sich diese jedoch störend auswirken. Durch die Anordnung, dass der Testamentsvollstrecker bis zum Tod des Vorerben auch diese Rechte der Nacherben ausüben soll, lässt sich das vermeiden. Er wird damit zusätzlich zum „Nacherbenvollstrecker“.

Nachvermächtnis

Rechtsgrundlage dafür ist **§ 2101 Absatz 1 BGB**

„Hat der Erblasser den vermachten Gegenstand von einem nach dem Anfall des Vermächtnisses eintretenden bestimmten Zeitpunkt oder Ereignis an einem Dritten zugewendet, so gilt der erste Vermächtnisnehmer als beschwert.“

Der behinderte Angehörige muss nicht als Erbe am Nachlass beteiligt werden. Erhält er stattdessen ein Vermächtnis, kann ihm auch der damit verbundene Vermögensvorteil lediglich auf Lebenszeit zugewandt werden. Dazu wird der Behinderte mit einem Nachvermächtnis belastet. Also mit der Verpflichtung, das, was bei seinem eigenem Ableben von dem Vermächtnis noch übrig ist, an die sogenannten Nachvermächtnisnehmer zu übertragen.

Anders als bei der Vorerbschaft werden die bei der Vermächtniserfüllung erhaltenen Leistungen Teil des eigenen Vermögens. Eine rechtliche Trennung, wie sie das Gesetz zwischen Vorerbschaft und Eigenvermögen vornimmt, gibt es beim Vorvermächtnis nicht.

Dennoch lassen sich auch hier die Gestaltungsziele des Behindertentestaments problemlos verwirklichen: Bis zu seinem Tod schützt die „Käseglocke“ der Verwaltungstestamentsvollstreckung diejenigen Vermögenswerte, welche der Behinderte aufgrund des Behindertentestaments per Vermächtnis erhalten hat.

Mit seinem Tod wird es etwas komplizierter: Die Leistungen aus dem Vorvermächtnis sind Teil des Vermögens, welches der Behinderte nun hinterlässt. Dieses geht bei seinem Tod automatisch auf seine Erben über, egal, wer das im konkreten Fall dann tatsächlich ist. Gegen die Erben des Behinderten werden nun aber gleich zwei Ansprüche erhoben: Zum einen aus dem Sozialhilferegress, zum anderen aus dem Nachvermächtnis. Beide Forderungen beziehen sich (auch) auf den-

jenigen Teil des Vermögens, den der Behinderte aufgrund seines Vorvermächtnisses erhalten hatte und der bei seinem Tod noch davon übrig ist.

Wenn nun also Sozialhilfeträger und Nachvermächtnisnehmer beide einen Anspruch auf diesen Teil des Nachlasses haben, wer erhält ihn dann? Diese Frage ist im juristischen Schrifttum unterschiedlich beantwortet worden: Zum einen wurde (und wird) die Auffassung vertreten, beide Ansprüche seien gleichberechtigt. Deshalb sei der Rest des Vorvermächtnisses zwischen Sozialhilfeträger und Nachvermächtnisnehmer zu teilen. Dagegen gewährte die herrschende Auffassung dem Nachvermächtnisnehmer stets „Vorfahrt“. Denn der Behinderte habe sein Vorvermächtnis von Anfang an mit der Verpflichtung erhalten, den bei seinem Tod noch vorhandenen Rest weiterzugeben. Entstanden ist diese Verbindlichkeit, die nun seine Erben erfüllen müssen, schon beim ursprünglichen Erbfall. Ab da war und ist diese Schuld bereits (negativer) Teil seines Vermögens, dessen Nettowert sie mindert. Beim Tod des Behinderten verringert die Verpflichtung aus dem Nachvermächtnis daher auch den Wert seines Nachlasses. Erst jetzt entsteht die Regressforderung des Sozialhilfeträgers, die vom Gesetz auf den Wert des Nachlasses begrenzt ist. Sie muss sich deshalb „hinten anstellen“.

Unbestritten ist der sicherste Weg für die Gestaltung, durch den sich ein Sozialhilferegress auf das vom Nachvermächtnis erfasste Vermögen zuverlässig vermeiden lässt: Der Erblasser ordnet im Behindertentestament an, dass die Verwaltungstestamentsvollstreckung erst endet, sobald auch die Verpflichtung aus dem Nachvermächtnis vollständig erfüllt worden ist. Das Restvermögen bleibt dann noch solange unter dem Schutz der „Käseglocke“, bis es an den vorgesehenen Empfänger übertragen worden ist. Auch ohne ausdrückliche Anordnung im Testament hat der Bundesgerichtshof diese Folgen (in anderem Zusammenhang) als selbstverständlich vorausgesetzt.

BGH, Urteil vom 18.10.2000 – IV ZR 99/99;



Abschnitt 6

Die verschiedenen Modelle

6.1 Klassisch: Die „Erschaftslösung“

6.2 Modern: Die „Vermächtnislösung“

6.3 Unkonventionell: Die „Umgekehrte Vermächtnislösung“

6.4 Nur ausnahmsweise ratsam: Die „Enterbungslösung“

Zeit für ein kurzes Fazit: Hinter einem Behindertentestament stehen zwei Gestaltungsziele, die sich eigentlich auf ein einziges reduzieren lassen, nämlich das Aushebeln des sozialrechtlichen Nachranggrundsatzes. Denn der Sozialleistungsträger soll weder zu Lebzeiten des behinderten Angehörigen auf dessen Nachlassbeteiligung Zugriff erhalten noch danach. Zwei erbrechtliche Gestaltungsmittel müssen dazu in einem

Behindertentestament kombiniert werden: Zu Lebzeiten des behinderten Angehörigen wird seine Nachlassbeteiligung durch die „schützende Käseglocke“ einer Verwaltungstestamentsvollstreckung sozialrechtlich „unwertbar“ gemacht. Nach seinem Tod verhindern Nacherbfolge oder Nachvermächtnis den Zugriff des Sozialhilfeträgers auf nicht verbrauchtes Vermögen.

6.1 Klassisch: Die „Erschaftslösung“

Inhalt

Die „Erschaftslösung“ ist die Urform eines Behindertentestaments und besteht aus drei Komponenten:

- ▶ Der behinderte Angehörige wird Erbe.
- ▶ Er ist Vorerbe, also Erbe auf Lebenszeit.

Sicherheit und Nutzen

Zur „Erschaftslösung“ existiert eine gesicherte Rechtsprechung. Das hängt damit zusammen, dass dieses Modell fast drei Jahrzehnte lang als die einzig sichere Gestaltung gegolten hat. Bis vor etwa fünfzehn Jahren hatte ein Behindertentestament deshalb fast ausschließlich diesen Inhalt. War nach dem Erbfall über die generelle Wirksamkeit oder über ein Detailproblem gerichtlich zu entscheiden, betraf das deshalb fast ausschließlich die „Erschaftslösung“.

Sind neben dem behinderten Angehörigen noch andere Personen als Erbe eingesetzt, entsteht eine Erbengemeinschaft. Das Gesetz hat diese „Zwangsgemeinschaft“ nicht auf Dauer angelegt, sondern gibt grundsätzlich jedem Miterben das Recht, sofort die Auseinandersetzung dieser „Gesamthandsgemeinschaft“ zu verlangen, in der sich alle gegenseitig blockieren. Bei der Erbauseinandersetzung ist Geld und alles, was ohne Wertverlust teilbar ist, gemäß den Erbquoten zu verteilen. Alle übrigen Nachlasswerte müssen grundsätzlich zu Geld gemacht werden, das dann wieder leicht verteilt werden kann. Abweichende Vereinbarungen setzen voraus, dass sämtliche

▶ Es ist Dauertestamentsvollstreckung angeordnet, so dass (zusätzlich zur Verwaltung des vom Behinderten geerbten Vermögens) auch die Nachlassabwicklung Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist.

Miterben damit einverstanden sind. Also beispielsweise, dass einer von ihnen eine Nachlassimmobilie zum Alleineigentum übernimmt und die anderen einen Ausgleichsbetrag erhalten. Die Abwicklung einer Erbengemeinschaft ist schon dann nicht immer problem- und konfliktfrei möglich, wenn keines ihrer Mitglieder behindert ist. Beim Behindertentestament erhöhen sich regelmäßig Arbeitsaufwand, Kosten und Streitpotenzial. Besonders in den Fällen, in denen anstelle des behinderten Miterben dessen gesetzlicher Betreuer bei der Erbauseinandersetzung mitwirken muss. Denn für diesen gilt das gesetzliche Verbot, aus dem Vermögen des Betreuten etwas herzuschenken. Das gilt auch bei Vereinbarungen zur Verteilung des Nachlasses, wodurch der Verhandlungsspielraum erheblich eingeschränkt wird.

Wird der Erbteil des Behinderten als Ganzes veräußert, fällt die „schützende Käseglocke“ weg. Der Kaufpreis für den verkauften Erbteil wird dann sozialrechtlich uneingeschränkt verwertbar.

Bekannt ist diese Schutzlücke seit 2013: In dem konkreten Fall hatte der verstorbene Ehemann in einem „klassischen Behindertentestament“ seine Frau zu 72% und seine behinderte Tochter zu 28% als Miterben eingesetzt.

Um Kosten zu sparen, übertrug die Tochter (vertreten durch ihren Betreuer) ihren gesamten Erbteil auf ihre Mutter. Als Gegenleistung zahlte diese einen Geldbetrag, dessen Höhe ca. 28% vom Gesamtwert des Nachlasses entsprach. Obwohl die Verfahrenspflegerin gegen diese Vorgehensweise Bedenken geäußert hatte, genehmigte das Betreuungsgericht den Vertrag. Damit fiel die schützende Testamentsvollstreckung weg und der Kaufpreis entlastete den Sozialleistungsträger.

Richtig wäre es gewesen, eine Erbauseinandersetzung durchzuführen. Mit dem Inhalt, dass das Eigentum an den einzelnen Nachlassgegenständen von der Erbengemeinschaft auf die Mutter übertragen wird. Der Erbteil der Tochter wäre

dann rechtlich erhalten geblieben, lediglich sein konkreter Inhalt hätte sich geändert: Vorher die Mitberechtigung an den Nachlassgegenständen, jetzt der von der Mutter bezahlte Ausgleichsbetrag. Die Testamentsvollstreckung, die für diesen Erbteil angeordnet war, wäre bestehen geblieben und hätte weiterhin als „schützende Käseglocke“ gewirkt.

Warum wurde stattdessen der Verkauf des gesamten Erbteils vereinbart? Auslöser war der Wunsch, die Notarkosten für den Vertrag zu reduzieren: Bei einer Erbauseinandersetzung ist die Gebühr aus dem Wert des gesamten Nachlasses zu berechnen, bei einer Erbteilsübertragung ist demgegenüber auf den Wert des übertragenen Erbteils abzustellen.

Anwendungsempfehlung:

Uneingeschränkt empfehlenswert ist die „Erbchaftslösung“ nur, wenn der behinderte Angehörige der einzige ist, der bedacht werden soll und deshalb als alleiniger Vorerbe ein-

gesetzt wird. Also insbesondere dann, wenn der Erblasser unverheiratet ist und keine weiteren Abkömmlinge hat.



6.2 Modern: Die „Vermächtnislösung“

Die „Vermächtnislösung“ ist schon in der Frühphase des Behindertentestaments entwickelt worden. Motiviert durch den Wunsch, die Nachlassabwicklung zu vereinfachen, also eine Erbengemeinschaft unter Beteiligung des behinderten Angehörigen zu vermeiden.

Lange Zeit scheuten sich aber viele Berater davor, sie zu empfehlen: Zum einen aus Furcht vor dem eigenen Haftungs-

risiko, falls das Nachvermächtnis beim Tod des Behinderten doch nicht den Sozialhilferegress ausschließen würde. Zum anderen aber auch wegen des Vermächtnisinhaltes. Vielen Beratern war (und manchen ist auch heute noch) der Einsatz eines Quotenvermächtnisses als Gestaltungsmittel unbekannt:



„Quotenvermächtnis“

Definiert ist ein Vermächtnis in **§ 1939 BGB**: „*Der Erblasser kann durch Testament einem anderen, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil zuwenden (Vermächtnis).*“

Was verbinden Sie spontan mit dem Begriff „Vermögensvorteil“? Meist lautet die Antwort auf diese Frage: „Geld, Aktien, Haus, Auto, Schmuck...“. Auch wiederkehrende Leistungen werden manchmal genannt, also z.B. ein Wohnungsrecht an einer Immobilie oder eine sogenannte Leibrente, also der Anspruch auf eine lebenslange monatliche Geldzahlung.

Für die Nachlassbeteiligung des behinderten Angehörigen sind diese Vermächtnisinhalte jedoch ungeeignet. Denn Gesamtwert und Zusammensetzung des Erblasservermögens können sich zwischen Testamentserrichtung und Erbfall erheblich ändern. Dem behinderten Angehörigen konkret zugedachte Vermögensgegenstände sind dann womöglich nicht mehr vorhanden. Oder ihr Wert und derjenige des Gesamtnachlasses stehen nun zueinander in einem völlig anderen Verhältnis.

Durch ein „Quotenvermächtnis“ wird dieses Problem gelöst. Denn der Vermächtnisnehmer wird mit einer Quote am Wert des tatsächlich hinterlassenen Vermögens beteiligt. Nicht anders als ein Miterbe, nur halt ohne rechtliche Miterbenstellung, also ohne Teil einer Erbengemeinschaft zu werden.

Bei der Gestaltung dieses Quotenvermächtnisses sind besondere Regelungen sinnvoll:

► **Höhe der Quote:** Sie sollte über der Pflichtteilsquote liegen, um einen Anreiz für die Akzeptanz des Vermächtnisses zu schaffen.

► **Berechnungsgrundlage:** Heranzuziehen ist grundsätzlich der Reinwert des Nachlasses, also das, was übrigbleibt, wenn sämtliche Verbindlichkeiten bezahlt sind, die entweder vom Erblasser selbst oder durch seinen Tod (z.B. Begräbniskosten) begründet worden sind. Hat der Erblasser zu Lebzeiten Vermögen an andere Personen verschenkt, können dem behinderten Angehörigen deswegen noch Pflichtteilergänzungsansprüche zustehen (vgl. dazu die ausführlichen Erklärungen in Abschnitt 7.2).

Pflichtteilergänzungsansprüche sind sozialrechtlich verwertbar. Um sie gar nicht erst entstehen zu lassen, muss das Quotenvermächtnis insoweit vorsorglich eine Korrektur der Berechnungsgrundlage vorsehen.

► **Ersetzungsbefugnis:** Das Quotenvermächtnis gibt dem Behinderten einen Zahlungsanspruch. Hat der Erblasser nicht genügend liquide Mittel hinterlassen (z.B. Sparguthaben, Wertpapiere), müsste der Erbe – womöglich überhastet – Sachwerte verkaufen, um den geschuldeten Geldbetrag an den behinderten Vermächtnisnehmer bezahlen zu können. Mit dem Risiko, dass beim schnellen Verkauf keine optimale Verwertung möglich ist. Der Testamentsvollstrecker, der dann das Geld entgegennimmt und verwaltet, muss es risikofrei, aber dennoch möglichst gewinnbringend anlegen. Bei einem niedrigen Sparzins wird er dann in den Kauf von Sachwerten ausweichen. Durch die „Ersetzungsbefugnis“ wird es Erben und Testamentsvollstrecker gestattet, das Vermächtnis gleich durch Übertragung von Sachwerten zu erfüllen und damit den mit zwei Erwerbsvorgängen verbundenen Substanzverlust zu verhindern.

► **Vorschuss:** Wie viel der Quotenvermächtnisnehmer erhält, hängt vom Wert der Berechnungsgrundlage ab, also dem Nachlasswert zum Todestag. Diesen genau zu ermitteln, kann dauern. Der Lebensstandard des behinderten Angehörigen soll aber so schnell wie möglich durch seine Nachlassbeteiligung verbessert werden. Deshalb soll dem Verwaltungstestamentsvollstrecker zeitnah ein angemessener Vorschuss ausgehändigt werden.

► **Ausgestaltung des Nachvermächtnisses:** Nach dem Tod des behinderten Quotenvermächtnisnehmers haben seine Erben das Nachvermächtnis zu erfüllen. Also den Rest dessen zu übertragen, was aufgrund des Behindertentestaments an den Verwaltungstestamentsvollstrecker geleistet worden ist. Zwischen den beiden Erbfällen (Erblasser – behinderter Angehöriger) werden oft viele Jahre liegen. Es ist deshalb ratsam, in das Behindertentestament auch Regelungen aufzunehmen, die eine möglichst konfliktfreie Erfüllung des Nachvermächtnisses sicherstellen (siehe dazu im Muster unter der Nr. 3.3 Buchstabe c)).

Inhalt

Die „Vermächtnislösung“ besteht in ihrer modernen Form aus den folgenden Komponenten:

- ▶ Der behinderte Angehörige erhält ein Quotenvermächtnis mit Ersetzungsbefugnis, wird also – wie ein Miterbe – mit einem bestimmten Prozentsatz am Gesamtnachlass beteiligt.
- ▶ Er ist Vorvermächtnisnehmer, erhält die Vermögenssubstanz also nur auf Lebenszeit.

Sicherheit und Nutzen

Verwendet die „Vermächtnislösung“ das Gestaltungsmittel des Quotenvermächtnisses, erhält der behinderte Angehörige wirtschaftlich das Gleiche wie als Miterbe bei der „Erbchaftslösung“. Ihre Abwicklung erfordert jedoch erheblich weniger (praktischen und formalen) Aufwand.

Die Zuwendung konkreter Vermögenswerte (Sachwerte, Wohnungsrecht, Geldleistungen) statt einer abstrakten Quote vom Nachlasswert erhöht das Risiko unnötig. Die Ersetzungsbefugnis vermeidet Verluste, die entstehen könnten,

- ▶ Es ist Verwaltungstestamentsvollstreckung angeordnet. Der Testamentsvollstrecker nimmt die zur Vermächtniserfüllung geleisteten Vermögenswerte entgegen, verwaltet sie und gibt den beim Tod des Behinderten noch vorhandenen Rest an die Nachvermächtnisnehmer heraus.

wenn das Quotenvermächtnis zwingend durch eine Geldzahlung erfüllt werden müsste.

Die immer noch vereinzelt (und zu Unrecht) geäußerten Zweifel, ob die „Vermächtnislösung“ genauso gut vor einem „Erbenregress“ des Sozialhilfeträgers schützt, haben ihre Verbreitung in der Vergangenheit gehemmt. Deshalb gibt es noch wenig Rechtsprechung, die sich konkret mit dieser Gestaltung befasst hat.

Anwendungsempfehlung:

Immer dann, wenn außer dem behinderten noch andere Angehörige am Nachlass beteiligt werden sollen, ist die „Vermächtnislösung“ die erste Wahl. Also insbesondere bei der gemeinsamen Nachlassplanung von Eltern eines behinderten Kindes: Beim ersten Erbfall, wenn der überlebende Partner eine erhebliche Nachlassbeteiligung erhalten soll. Beim zweiten Erbfall, wenn außer dem behinderten Kind noch mindestens ein gesundes Kind vorhanden ist. Eine solche

Gestaltung, die auf der Idee eines „Berliner Testaments“ beruht, wird in der Praxis sehr oft gewünscht.

Beim „Berliner Testament“ wird der längerlebende Ehepartner Alleinerbe des zuerst versterbenden. Nach seinem Tod fällt dann das gesamte noch vorhandene Vermögen an die gemeinsamen Kinder.

6.3 Unkonventionell: Die „Umgekehrte Vermächtnislösung“

Die „Umgekehrte Vermächtnislösung“ kombiniert die entscheidenden Grundideen der beiden anderen Modelle: Aus der „Vermächtnislösung“ nimmt sie die Erkenntnis mit, dass ein Quotenvermächtnisnehmer nicht an einer Erbengemeinschaft beteiligt ist und trotzdem, wie ein Erbe, eine bestimm-

te Quote vom Gesamtnachlass erhält. Aus der „Erbchaftslösung“ übernimmt sie den als besonders sicher geltenden Konstruktionsbestandteil der Nacherbfolge. Und das Wissen, dass es beim Alleinerben keine Erbauseinandersetzung gibt, also auch nicht die damit verbundenen praktischen Probleme.

Inhalt

Die „Umgekehrte Vermächtnislösung“ setzt sich daher, unkonventionell, aus den folgenden Komponenten zusammen:

- ▶ Der behinderte Angehörige wird Alleinerbe.
- ▶ Er ist Vorerbe, also Erbe auf Lebenszeit.

▶ Alle übrigen Angehörigen, die eigentlich den Status eines Miterben haben sollten, werden mit einem Quotengeldvermächtnis mit Ersetzungsbefugnis bedacht.

▶ Es ist Dauertestamentsvollstreckung angeordnet. Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist es, den Nachlass abzuwickeln, wozu auch die Erfüllung der Quotenvermächtnisse für die anderen Bedachten gehört. Anschließend verwaltet er das restliche Erbe für den behinderten Alleinerben bis zu dessen Tod.

Sicherheit und Nutzen

Die „Umgekehrte Vermächtnislösung“ ist schwerer zu verstehen, dafür nach dem Erbfall leicht zu handhaben. Denn bei ihr entsteht generell keine Erbengemeinschaft, also auch dann nicht, wenn außer dem behinderten Angehörigen noch mehrere Personen am Nachlass beteiligt werden. Dadurch ist die Nachlassabwicklung noch einfacher als bei der „Vermächtnislösung“. Der behinderte Angehörige erhält nie den Status eines Miterben. Damit entfällt das Risiko der „Erbchaftslösung“, bei der ja mit der Übertragung des Erbteils (absichtlich oder aus Unwissenheit) der gesamte Schutz unterlaufen werden kann.

Der Erblasser kann seinen Nachlassverteilungsplan auch bei der „Umgekehrten Vermächtnislösung“ genauso gut reali-

sieren wie bei den anderen beiden Modellen: Die gesunden Angehörigen, die dort Erbe werden, erhalten hier Quotenvermächtnisse.

Einziger Schwachpunkt der „Umgekehrten Vermächtnislösung“ ist, dass sie dem „Bauchgefühl“ des Erblassers zuwiderläuft, weil er seinem behinderten Angehörigen als einzigem die vermeintlich stärkere Erbenstellung einräumen muss, während alle übrigen nur „schwache“ Vermächtnisnehmer sind. Selbst manchen erbrechtlich versierten Juristen kommt die „Umgekehrte Vermächtnislösung“ daher befremdlich vor, scheint bei ihr doch „der Schwanz mit dem Hund zu wedeln“.

Anwendungsempfehlung:

Die „Umgekehrte Vermächtnislösung“ ist immer empfehlenswert, wenn außer dem Behinderten noch andere Personen eine quotale Nachlassbeteiligung erhalten sollen. Allerdings nur, wenn der Erblasser es schafft, sich mit der auf den ersten Blick verqueren Konstruktion anzufreunden. Aus meiner Erfahrung weiß ich, dass das nicht immer ge-

lingt. Erst recht ist es eine Herausforderung, die Bedachten von den Vorteilen dieses Modells zu überzeugen, wenn der Erblasser sie in seine Nachlassplanung einbeziehen möchte. Dieses Akzeptanzproblem ist der einzige Nachteil der „Umgekehrten Vermächtnislösung“.



6.4 Nur ausnahmsweise: Die „Enterbungslösung“

Inhalt

Schlicht und einfach: Der behinderte Angehörige wird weder Erbe noch Vermächtnisnehmer. Seine lebenslange Zusatzversorgung mit Nachlassmitteln wird nicht erreicht und ist auch gar nicht gewollt.

Gehört der Behinderte beim Erbfall zum Kreis der konkret pflichtteilsberechtigten Personen, erhält er einen (unge-

schützten) Geldanspruch. Diesen kann der Sozialleistungsträger für sich beanspruchen. Bei Sozialhilfe ist dazu eine „Überleitungsanzeige“ erforderlich (§ 93 SGB XII), für Arbeitslosengeld II und Sozialgeld geht der Anspruch automatisch über (§ 33 SGB II).

Nutzen

Ist der zu erwartende Nachlasswert sehr gering, mag der mit einem Behindertentestament verbundene Abwicklungsaufwand unverhältnismäßig erscheinen. Zum Preis der (ebenfalls geringen) Pflichtteilsforderung lässt er sich dann vermeiden. Vorsicht ist aber geboten! Das Vermögen kann sich zwischen Testamenterrichtung und Erbfall erheblich

vergrößern (z.B. falls der Erblasser seinerseits, vielleicht unerwartet, erben sollte). Dann kann die Enterbungslösung teuer werden. Gibt es keine schnelle Einigung mit dem Sozialleistungsträger über die Höhe des Pflichtteilsanspruchs, droht außerdem ein langwieriges, kostenträchtiges und nervenaufreibendes Verfahren.



Anwendungsempfehlung:

Die Enterbungslösung ist nur in besonders gelagerten Einzelfällen sinnvoll.

Zum Einsatz kommt sie gelegentlich, wenn der Nachlassplanung das Modell eines „Berliner Testaments“ zugrunde liegt: Alleinerbe beim ersten Erbfall ist der überlebende Ehepartner, die (pflichtteilsberechtigten) Kinder gehen noch leer aus. Beim zweiten Erbfall erhalten sie dafür das gesamte, dann noch vorhandene Vermögen.

Ein „Berliner Testament“ als Behindertentestament ist nur ratsam, wenn es nicht beim ersten Erbfall durch Pflichtteilsansprüche unterlaufen wird. Die nötige Planungssicherheit erhalten die Eltern nur durch einen Pflichtteilsverzicht sämtlicher Kinder, also auch des behinderten. Dazu müssen alle Kinder voll geschäftsfähig sein und in die Planung eingebunden werden. Andernfalls ist dieser Lösungsansatz nicht sinnvoll. Er scheitert deshalb bei (vorläufig noch) minderjährigen Kindern und auch dann, wenn das behinderte Kind geschäftsunfähig ist.

Wer einen gerichtlich bestellten Betreuer hat, ist deswegen noch nicht automatisch geschäftsunfähig. Entscheidend sind die tatsächlichen intellektuellen Fähigkeiten, die – je nach Art und Schwere der Beeinträchtigung – in unterschiedlichem Umfang vorhanden sein können. Ist das nicht eindeutig, sollte bei Beurkundung des Pflichtteilsverzichts die Geschäftsfähigkeit aktuell durch ein fachärztliches Gutachten belegt sein. Damit lässt sich nach dem Erbfall ein unnötiger Streit mit dem Sozialleistungsträger verhindern.

Ein Pflichtteilsverzichtsvertrag, den der Betreuer abschließt, scheitert an der erforderlichen Genehmigung durch das Betreuungsgerecht. Diese bekommt man nur, wenn das Geschäft insgesamt für den betreuten Behinderten vorteilhaft ist, er also eine angemessene Abfindung für seinen Verzicht erhält. Diese Abfindung wäre aber sofort frei verwertbares Vermögen des Behinderten – ein „klassisches Eigentor“.

6.5 Übersicht: Welches Modell in welcher Ausgangslage?

| „Wie Erben“, also quotal, sollen beteiligt werden: | ★ Empfehlenswert |
|--|---|
| Nur Behinderter | Erbschaftslösung |
| Behinderter und ein anderer Angehöriger | Vermächtnislösung oder Umgekehrte Vermächtnislösung |
| Behinderter und mehrere andere Angehörige | Umgekehrte Vermächtnislösung oder Vermächtnislösung |

„Verwertbares Vermögen“ – Ursachen des Scheiterns

7.1 Fehlerquelle ist die Nachlassbeteiligung

Gesetzliche Erbfolge: Der „Super-GAU“ | Verwertbarer Pflichtteilsanspruch bei der „Enterbungslösung“ | Verwertbarer Pflichtteilsanspruch nach Ausschlagung durch den Behinderten | Der zu sehr „befreite Vorerbe“

7.2 Fehlerquelle sind lebzeitige Zuwendungen des Erblassers

Schenkungen an den Behinderten: Schutzloses Vermögen | Schenkung an Dritte: Pflichtteilsergänzungsansprüche nach dem Erbfall

7.3 Schadensbegrenzung nach einem Scheitern?

7.1 Fehlerquelle ist die Nachlassbeteiligung

Nur ein richtig gestaltetes Behindertentestament macht die Nachlassbeteiligung des behinderten Angehörigen „unverwertbar“. Egal, ob der Betroffene Alleinerbe, Miterbe oder Vermächtnisnehmer geworden ist.

! Gesetzliche Erbfolge: Der „Super-GAU“

Zur Realität gehören leider auch Fälle, in denen es beim Erbfall zwar ein behindertes Kind, aber kein Testament gibt. Entweder, weil dem Verstorbenen die Notwendigkeit eines Behindertentestamentes überhaupt nicht bekannt war. Oder, weil er nicht mehr dazu gekommen ist, es noch rechtzeitig zu errichten. Ursache dafür sind nicht nur „unerwartet frühe“ Todesfälle (Unfall, Herzinfarkt, etc.). Denn nicht Wenigen bereitet die Auseinandersetzung mit diesem Thema ein so starkes Unbehagen, dass sie das „Projekt Nachlassplanung“ immer wieder verschieben.

Schlimm genug, wenn der behinderte Angehörige dann seinen gesetzlichen Erbteil erhält. Ungeschützt, und in voller Höhe verwertbar für den Sozialleistungsträger. Gibt es – was meist der Fall ist – neben dem Behinderten noch andere Erben, ist für diese die faktische Erbengemeinschaft mit dem Sozialleistungsträger der „Super-GAU“.

! Verwertbarer Pflichtteilsanspruch bei der „Enterbungslösung“

In Abschnitt 6.4 wurden Konstellationen vorgestellt, in denen ausnahmsweise die Enterbung des behinderten (pflichtteilsberechtigten) Angehörigen eine sinnvolle Gestaltung sein kann. Im Normalfall wird dadurch jedoch ein – sozialrechtlich

wiederum „verwertbarer“ – Pflichtteilsanspruch geschaffen. Von diesem hat der Behinderte regelmäßig gar nichts. Das Ziel, seinen Lebensstandard lebenslang zu verbessern, wird dann vollständig verfehlt.

! Verwertbarer Pflichtteilsanspruch nach Ausschlagung durch den Behinderten

Die Enterbung eines Pflichtteilsberechtigten löst automatisch dessen Anspruch auf seine gesetzliche Mindestbeteiligung aus. In zahlreichen Fällen kann er diese Situation jedoch stattdessen durch Ausschlagung selbst herbeiführen (siehe dazu den Infokasten „Pflichtteil“ auf Seite 20).

Ist der behinderte Angehörige pflichtteilsberechtigt, steht ihm diese Möglichkeit bei einem Behindertentestament immer offen: Denn ob Alleinerbe, Miterbe oder Vermächtnisnehmer – seine Nachlassbeteiligung ist immer mit Belastungen versehen, die ihm das Recht zur Ausschlagung geben.

► Ausschlagung durch den Sozialleistungsträger?

Dieses Ausschlagungsrecht kann der Sozialleistungsträger nicht auf sich überleiten und dann ausüben, um auf diese Weise an den (ungeschützten) Pflichtteil des Behinderten zu kom-

men. Insoweit hat der Bundesgerichtshof in seiner Grundlagenentscheidung vom 19. Januar 2011 für Sicherheit gesorgt.

BGH, Urteil vom 19.01.2011 – IV ZR 7/10;

► Ausschlagung durch den Betroffenen selbst?

Das Recht auszuschlagen, steht zunächst dem behinderten Angehörigen selbst zu.

Ist er geschäftsfähig, ändert sich daran selbst dann nichts, wenn er aufgrund seiner Behinderung oder psychischen Erkrankung unter Betreuung steht. Auch dann kann er grundsätzlich selbst ausschlagen. Es sei denn, für seine Betreuung ist zusätzlich ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet worden (§ 1903 BGB). In einem solchen Fall ist seine Ausschlagungserklärung nur wirksam, falls ihr der Betreuer zustimmt.

Nur in ca. 5% aller Betreuungsfälle gibt es einen solchen Einwilligungsvorbehalt. Er wird notwendig, wenn die konkrete Krankheitsform vermögensgefährdende Handlungen des Betroffenen erwarten lassen. Das ist insbesondere bei Manien (ICD 10 F30) und bipolaren Störungen (ICD 10 F31) der Fall. Aber auch bei leichten Intelligenzminderungen (ICD 10 F70, Intelligenzquotient zwischen 50 und 69), wenn der Betroffene durch Nichtbehinderte ausgenutzt wird, dazu neigt, sich Freundschaften zu erkaufen oder mit teuren Statussymbolen seine Behinderung zu überspielen.

► Ausschlagung durch den gesetzlichen Vertreter (Betreuer)?

Ist der behinderte Angehörige volljährig aber nicht geschäftsfähig, kann nur sein Betreuer ausschlagen. Wirksam wird dessen Ausschlagungserklärung allerdings nur mit Genehmigung des Betreuungsgerichts (§ 1822 Nr. 2 mit § 1908i Absatz 1 BGB). Erteilt werden darf diese nur, wenn die Ausschlagung dem Wohl und dem Interesse des Behinderten entspricht. Die Genehmigung ist praktisch immer zu versagen: Denn objektiv erhält der Betroffene – bei Akzeptanz des Behinderten-

testamentes – eine lebenslange Verbesserung seines Lebensstandards. Im Falle der Ausschlagung dagegen nur seine ungeschützte Pflichtteilsforderung, die ihm keinen nachhaltigen Nutzen bringt, sondern lediglich für gewisse Zeit den Sozialleistungsträger entlastet. Für seine pflichtwidrige Ausschlagung haftet der Betreuer auf Schadensersatz. Davor bewahrt ihn auch eine (ebenfalls pflichtwidrige) Genehmigung des Betreuungsgerichts nicht!

! Der zu sehr „befreite Vorerbe“

Ist der behinderte Angehörige als Vorerbe eingesetzt worden, verpflichtet ihn das Gesetz grundsätzlich dazu, die Substanz des ererbten Vermögens (die „Vorerbschaft“) für den Nacherben zu erhalten.

§ 2134 Satz 1 BGB untersagt ihm deshalb auch deren „*eigen-nützige Verwendung*“: *„Hat der Vorerbe einen Erbschaftsgegenstand für sich verwendet, so ist er nach dem Eintritt der Nacherfolge dem Nacherben gegenüber zum Ersatz des Wertes verpflichtet. Eine weitergehende Haftung wegen Verschuldens bleibt unberührt.“*

Unter das Verbot fällt praktisch alles, was der Vorerbe für eigene Zwecke aus der Substanz entnimmt, ohne dass ihr eine gleichwertige Gegenleistung zufließt. Also insbesondere der Verbrauch von Geld für den eigenen Lebensunterhalt.

§ 2136 BGB lässt es zu, dass der Vorerbe im Testament von dieser Verpflichtung befreit wird. Geschieht das, kann der Sozialleistungsträger bedarfsabhängige Leistungen verweigern. Mit der Begründung, der behinderte Vorerbe habe ja das Recht, die Substanz seiner Nachlassbeteiligung für seinen Lebensunterhalt zu verbrauchen. Notfalls müsse er diesen Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker durchsetzen.

► Vorsicht: Verwirrungsgefahr!

Eine Gestaltung, die es dem Vorerben erlaubt, die Substanz für sich zu verbrauchen, ist fehlerhaft und unterläuft die Ziele des Behindertentestaments. Denn der Behinderte müsste die Substanz auch für seinen Grundbedarf einsetzen. Also für das, was er durch die bedarfsabhängigen Sozialleistungen (Sozialhilfe, Hartz IV) eigentlich vom Sozialstaat erhalten soll.

Davon zu unterscheiden ist die (richtige!) Anweisung an den Testamentsvollstrecker zum Substanzverbrauch: Diesem wird es in der Verwaltungsanordnung erlaubt, auch die Substanz der Nachlassbeteiligung der Nachlassbeteiligung zu verwenden, bis hin zu ihrem vollständigen Verbrauch. Aber eben nur unter strikter Beachtung der ersten der beiden „Goldenen Regeln“ in der Verwaltungsanordnung. Also nur für Leis-

tungen, auf die kein Anspruch gegenüber dem Sozialstaat besteht, für das „Zubrot“ zur staatlichen Grundversorgung.

Der Jurist kann jetzt zu Recht einwenden, dass ein Testamentsvollstrecker nicht mehr Befugnisse haben kann als derjenige, dessen Nachlassbeteiligung er (an dessen Stelle) verwaltet. Deshalb beinhaltet die Anweisung zum Substanzverbrauch – aus juristischer Sicht – gleichzeitig auch eine zusätzliche Befreiung des Vorerben von seiner Verpflichtung aus § 2134 BGB. Diese ist allerdings inhaltlich streng eingeschränkt, weil sie die Einhaltung der „Goldenen Regeln“ zwingend voraussetzt. Die Substanz bleibt deshalb sozialrechtlich „unverwertbar“.

7.2 Fehlerquelle sind lebzeitige Zuwendungen des Erblassers

! Schenkungen an den Behinderten: Schutzloses Vermögen

„Verwertbares Vermögen“ entlastet den Sozialleistungsträger. Deshalb wird die Nachlassbeteiligung des behinderten Angehörigen durch die „schützende Käseglocke“ der Verwaltungstestamentsvollstreckung unverwertbar gemacht. Doch was ist mit Schenkungen an den Behinderten? Fälle, in denen für ihn ein Sparbuch angelegt oder eine andere „lebzeitige Zuwendung“ vorgenommen wird, sind leider gar nicht so selten. Für sie gibt es keinen vergleichbaren Schutzmechanismus, auch nicht durch die Regelungen zum „Schonvermögen“ oder bei einer „Schenkung unter Auflage“ (siehe dazu die beiden folgenden Infokästen).

Geschenktes Vermögen kann somit nicht zur Verbesserung des Lebensstandards zurückbehalten werden. Es ist daher zu verwerten, bevor bedarfsabhängige Leistungen beansprucht werden können. Der Nachranggrundsatz gestattet hier keine Ausnahme. Das Gesetz honoriert die gute Absicht hinter der Schenkung an den Behinderten nicht.

Deshalb: Finger weg von lebzeitigen Schenkungen an den behinderten Angehörigen!

„Schonvermögen“

i

Für bedarfsabhängige Sozialleistungen gilt der Nachranggrundsatz (siehe dazu Abschnitt 3 auf Seite 11): Vorrangig muss der Hilfesuchende sein eigenes Einkommen und Vermögen zur Bedarfsdeckung verbrauchen.

Bestimmte Vermögenswerte werden dabei allerdings „verschont“. Für Art und Umfang dieses „Schonvermögens“ macht das Gesetz selbst nur allgemeine Vorgaben. Konkretisiert werden sie in Rechtsverordnungen, weil deren Inhalt sich mit geringerem Aufwand aktualisieren lässt.

Gesetzliche Grundlage des „Schonvermögens“ ist für Sozialhilfeleistungen § 90 SGB XII, der durch die „Verordnung zur Durchführung des § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII“ konkretisiert wird. Für Barbeträge und sonstige Geldwerte gilt dabei (derzeit) eine Grenze von insgesamt 10.000 €.

Die Vorschrift des § 12 SGB II regelt das „Schonvermögen“ für „Bürgergeld“, ergänzt durch die „Bürgergeld-Verordnung“: Innerhalb einer Karenzzeit von einem Jahr (ab Beginn des Leistungsbezugs) bleibt Vermögen bis 40.000 € unberücksichtigt, für jedes weitere Mitglied der Bedarfsgemeinschaft zusätzliche 15.000 €.

„Schonvermögen“ wird dabei aber stets nur vorübergehend geschützt: Spätestens mit dem Tod des Hilfeempfängers geht dieses Privileg verloren. Bei seinen Erben wird das einstige „Schonvermögen“ ganz normaler Teil des Nachlasses. Zumindest der Sozialhilfeträger kann daher nun – im Rahmen des „Erbenregress“ (siehe dazu den Infokasten auf Seite 18) – die Erstattung der erbrachten Leistungen verlangen.

„Schenkung unter Auflage“

i

Rechtsgrundlage dafür ist **§ 525 Absatz 1 BGB**:

„Wer eine Schenkung unter einer Auflage macht, kann die Vollziehung der Auflage verlangen, wenn er seinerseits geleistet hat.“

§ 527 Absatz 1 BGB regelt, was bei einem Verstoß gegen die Auflage geschieht: *„Unterbleibt die Vollziehung der Auflage, so kann der Schenker die Herausgabe des Geschenkes unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit fordern, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen.“*

Kann man dann nicht einfach eine Schenkung an den behinderten Angehörigen mit der Auflage verbinden, dass er den Vermögenswert nicht für seinen „normalen“ Bedarf verwenden darf?

Nein, das funktioniert nicht: Im Anwendungsbereich des sozialrechtlichen Nachranggrundsatzes sind solche Auflagen kein anerkanntes Verwertungshindernis. Der Beschenkte wird dadurch zwar gezwungen, gegen die Auflage zu verstoßen. Das führt aber nur dazu, dass der Schenker sein Geschenk zurückverlangen kann. Ein solches Rückforderungsrecht läuft allerdings faktisch ins Leere: Denn womit soll der Beschenkte seine Rückgabepflicht erfüllen? Das Geschenk hat er ja – auftragwidrig – für seinen Lebensunterhalt verbrauchen müssen. Und § 527 Abs. 1 BGB beschränkt (durch die Verweisung auf die Vorschriften zur „Ungerechtfertigten Bereicherung“) die Herausgabepflicht des Beschenkten grundsätzlich auf das, was vom Geschenk noch übrig ist.

! Schenkungen an Dritte: Schutzloses Vermögen durch Pflichtteilergänzungsansprüche

Die Pflichtteilsberechtigung des behinderten Angehörigen ist Grundlage für zwei Ansprüche. Beide schaffen ungeschütztes Vermögen und gefährden dadurch die Gestaltungsziele eines Behindertentestaments.

Der „**ordentliche Pflichtteilsanspruch**“ entsteht, wenn der Behinderte enterbt worden ist oder seine Nachlassbeteiligung ausschlägt. Ihm steht dann eine Mindestbeteiligung in Geld zu, die sich aus seiner konkreten Pflichtteilsquote und dem „Reinwert“ des Nachlasses errechnet (siehe dazu Infokasten „Pflichtteil“ auf Seite 20).

Nun wäre es eigentlich ein Leichtes, diesen Schutz zu unter-

laufen. Der Erblasser kann sein Vermögen noch zu Lebzeiten durch Schenkungen erheblich verringern. Da der Pflichtteilsanspruch in direkter Abhängigkeit zum Nachlasswert steht, wird er durch jede Schenkung vermindert. Theoretisch könnte sich der Erblasser also noch auf dem Sterbebett „arm schenken“ und damit einen lästigen Pflichtteilsberechtigten komplett abschütteln.

Es war daher notwendig, den ordentlichen Pflichtteilsanspruch zum Schutz des Pflichtteilsberechtigten durch einen zusätzlichen Anspruch zu ergänzen. Die Funktion dieses „**Pflichtteilergänzungsanspruchs**“ fungierte auch als Namensgeber.

„Pflichtteilergänzungsansprüche“

i

Gesetzliche Grundlage ist § 2325 BGB:

(1) Hat der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht, so kann der Pflichtteilsberechtigte als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird.

(2) Eine verbrauchbare Sache kommt mit dem Werte in Ansatz, den sie zur Zeit der Schenkung hatte. Ein anderer Gegenstand kommt mit dem Werte in Ansatz, den er zur Zeit des Erbfalls hat; hatte er zur Zeit der Schenkung einen geringeren Wert, so wird nur dieser in Ansatz gebracht.

(3) Die Schenkung wird innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall in vollem Umfang, innerhalb jedes weiteren Jahres vor dem Erbfall um jeweils ein Zehntel weniger berücksichtigt. Sind zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen, bleibt die Schenkung unberücksichtigt. Ist die Schenkung an den Ehegatten erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor der Auflösung der Ehe.

Niemand weiß genau, wie oft Pflichtteilergänzungsansprüche bereits die Gerichte beschäftigt haben. Meist wird darüber gestritten, ob und wann der Erblasser eine Schenkung vorgenommen hat und welchen Wert das Geschenk gehabt hat. Doch jahrzehntelang waren mit der Vorschrift auch ungeklärte Rechtsfragen verbunden.

Davon sollen hier nur einige, für das Behindertentestament besonders wichtige Punkte angesprochen werden:

► **Wie lange werden frühere Schenkungen berücksichtigt?**
Die Antwort liefert der zweite Satz von Absatz 3 der Vor-

schrift: Grundsätzlich werden nur Zuwendungen erfasst, die der Erblasser in den letzten zehn Jahren vor seinem Tod vorgenommen hat.

► **Kein Fristbeginn ohne „Genussverzicht“:** Allerdings beginnt diese Zehnjahresfrist nicht zu laufen, solange mit der Schenkung kein „Genussverzicht“ verbunden ist. Der letzte Satz in Absatz 3 ordnet das ausdrücklich für eine **Schenkungen an den Ehepartner** an: Formal gehört der geschenkte Vermögenswert zwar nicht mehr dem späteren Erblasser, sondern seinem Ehepartner. Die Nutzungen kommen ihm aber weiterhin zugute, solange die eheliche Gemeinschaft zwischen ihnen besteht. Wie bei einer Hose mit zwei Taschen ist das Geschenk nur von der einen in die andere verschoben worden, aber immer noch vorhanden. Diesen Gedanken hat der Bundesgerichtshof auf andere Schenkungen angewandt, bei denen die Nutzungen beim Schenker verbleiben. Praktisch besonders wichtig ist das bei Immobilienschenkungen. Häufig wird dabei ein lebenslanges **Nießbrauchsrecht** für den Schenker vereinbart. Es erlaubt ihm, die Immobilie selbst zu bewohnen und keine Miete zahlen zu müssen. Aber auch, sie zu vermieten und die Miete zu vereinnahmen.

BGH, Urteil vom 27.09.1994 – IV ZR 132/93;

Auch ein Wohnungsrecht kann den Anlauf der Zehnjahresfrist hindern, wenn es im konkreten Fall eine „wesentliche Weiternutzung“ ermöglicht. Das ist z.B. der Fall, wenn dem Schenker die Weiternutzung der gesamten Immobilie (Eigentumswohnung, Einfamilienhaus) ermöglicht wird.

BGH, Urteil vom 29.06.2016 – IV ZR 474/15;

▶ Mit welchem Wert sind Schenkungen anzusetzen?

Bei nicht verbrauchbaren Sachen (insb. Immobilien) gilt das Niederstwertprinzip: Der Wert des Geschenks beim Erbfall ist mit seinem Wert zum Schenkungszeitpunkt zu vergleichen. Der niedrigere dieser beiden Werte wird für die Pflichtteilsergänzung herangezogen. Allerdings müssen beide Werte zuvor vergleichbar gemacht werden. Der Wert zum Schenkungszeitpunkt ist deshalb um den zwischenzeitlichen (inflationsbedingten) Kaufkraftschwund des Geldes zu korrigieren. Geld ist dagegen (wenig überraschend) eine verbrauchbare Sache. Hier wird deshalb immer auf den Schenkungszeitpunkt abgestellt. Auch hier ist jedoch der zwischenzeitliche Wertverlust durch Inflation zu berücksichtigen. Das geschieht mithilfe des Verbraucherpreis-

index für Deutschland, den das Statistische Bundesamt in Wiesbaden monatlich veröffentlicht. *Beispiel: Schenkung von 10.000 € im Januar 2015, Erbfall im Januar 2020: 10.000 € mal Verbraucherpreisindex Januar 2020 (= 105,2), geteilt durch Verbraucherpreisindex Januar 2015 (= 98,5). Als Wert des Geschenks sind somit 10.680,20 € anzusetzen.*

Seit Anfang 2010 gilt außerdem bei Schenkungen, bei denen die Zehnjahresfrist angelaufen ist, das „Abschmelzungsmodell“ (Absatz 3 Satz 1): Stirbt der Schenker im ersten Jahr nach Vollzug der Schenkung, ist noch der volle Wert bei der Pflichtteilsergänzung anzusetzen. Im zweiten Jahr nach der Schenkung werden nur noch 90% berücksichtigt, im dritten Jahr 80% usw. Nach zehn Jahren ist das Geschenk dann endgültig irrelevant geworden.

Pflichtteilsergänzungsansprüche geben dem behinderten Angehörigen einen Geldanspruch, der frei verwertbar ist. Als Empfänger bedarfsabhängiger Sozialleistungen muss er diese Geldmittel deshalb uneingeschränkt für seinen Lebensunterhalt einsetzen. Sie sind, wie der „ordentliche Pflichtteilsanspruch“, überleitbar.

Dazu muss man wissen: Einen Anspruch auf Pflichtteilsergänzung hat der Betroffene nur, wenn seine Nachlassbeteiligung „nicht groß genug“ ist. Dazu sind im konkreten Fall zwei Rechengrößen gegenüberzustellen:

Wert der Nachlassbeteiligung

(rechnerischer) ordentlicher Pflichtteil



Pflichtteilsergänzungsansprüche
aus verschenktem Vermögen

Ein ungeschützter Geldanspruch entsteht beim behinderten Angehörigen, wenn der summierte Betrag auf der rechten Seite größer ist. In das Behindertentestament muss deshalb ein Schutzmechanismus aufgenommen werden, der genau das verhindert. Sein Inhalt hängt vom gewählten Modell ab:

Bei der **Vermächtnislösung** wird die Berechnungsgrundlage für das Quotenvermächtnis des behinderten Angehörigen angepasst: Neben dem Wert des tatsächlich hinterlassenen Vermögens sind auch pflichtteilsergänzungsrelevante Zuwendungen des Erblassers zu berücksichtigen. Für diese ist dabei allerdings nur derselbe Wert anzusetzen wie ihn das Gesetz im konkreten Fall für die Berechnung eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs vorsieht. Also unter Beachtung

von „Niederstwertprinzip“ und „Abschmelzungsmodell“. Die lebzeitigen Zuwendungen führen damit nicht zu einem ungeschützten Pflichtteilsergänzungsanspruch, stattdessen werden sie Teil des geschützten Quotenvermächtnisses. So erhält der behinderte Angehörige zudem nicht nur seine gesetzliche Pflichtteilsquote aus den noch ergänzungsrelevanten Schenkungen, sondern die (etwas) höhere, für sein Vermächtnis festgelegte Quote.

Bei der **Umgekehrten Vermächtnislösung** ist der behinderte Angehörige Alleinerbe. Der oder die übrigen Bedachten erhalten Quotenvermächtnisse. Diese sind meist so dimensioniert, dass dem Alleinerben ein Anteil des realen Nachlasses verbleibt, der ihm gegenüber seinem Pflichtteilsanspruch einen wirtschaftlichen „Bonus“ einräumt („Pflichtteilsquote + x“).

Wie bei der Vermächtnislösung müssen auch hier lebzeitige, pflichtteilsrelevante Vermögensminderungen gesondert berücksichtigt werden. Diesmal jedoch zugunsten des behinderten Alleinerben und zu Lasten der Quotenvermächtnisnehmer. Technisch stehen dafür zwei (gleichwertige) erbrechtliche Mechanismen zur Verfügung:

Der erste Lösungsansatz belässt es bei der Alleinerbenstellung und nimmt die erforderliche Korrektur ausschließlich durch die Anpassung der Berechnungsgrundlage bei den Quotenvermächtnissen vor. Spiegelbildlich zur Vermächtnislösung wird deren Berechnungsgrundlage diesmal jedoch nicht erhöht, sondern reduziert: Wenn und soweit dem behinderten Angehörigen konkret Pflichtteilsergänzungsansprüche zustehen würden, werden ihm diese vorab (und wiederum erhöht auf „Pflichtteilsquote + x“) aus dem realen Nachlass rechnerisch alleine zugewiesen. Und nur der dann verbleibende Rest wird zur Berechnung der Quotenvermächtnisse herangezogen.

Dasselbe Problem stellt sich auch bei der **Erbschaftslösung**. Allerdings grundsätzlich nur in denjenigen Fällen, in welchen der behinderte Angehörige als Miterbe eingesetzt wird. Hier muss die Kompensation ergänzungsrelevanter Schenkungen mithilfe eines Vorausvermächtnisses vorgenommen werden. Denn Quotenvermächtnisse, bei denen die Berechnungsgrundlage interessengerecht angepasst werden könnte, gibt es bei der Erbschaftslösung nicht. Das spricht zusätzlich dafür, eine der anderen Lösungen zu verwenden, wenn – neben dem

Beim zweiten Ansatz erhält der behinderte Alleinerbe seinen (fiktiven) Pflichtteilsergänzungsanspruch (plus Bonus x) vorab als eigenständigen Anspruch. Ein solches Vermächtnis zugunsten des Erben bezeichnet das Gesetz in § 2150 BGB als „Vorausvermächtnis“. Im Behindertentestament wird diesem Vorausvermächtnis Vorrang vor den Quotenvermächtnissen der übrigen Bedachten eingeräumt. Für deren Berechnung ist dadurch auch bei diesem Lösungsansatz nur der Restnachlass heranzuziehen. Also das, was nach Kompensation der Pflichtteilsergänzungsansprüche des behinderten Alleinerben durch sein Vorausvermächtnis übrigbleibt. Bei dieser Gestaltung wird der behinderte Angehörige zugleich Vorausvermächtnisnehmer und Erbe. Das sekundäre Gestaltungsziel („Verhindern des Erbenregress“, siehe dazu oben in Abschnitt 5.1 auf Seite 18) muss dann für seine wesenstypischen Nachlassbeteiligungen (Erbschaft bzw. Vorausvermächtnis) auf rechtlich unterschiedlichen Wegen verwirklicht werden (Nacherbschaft bzw. Nachvermächtnis). Damit wird die „Umgekehrte Vermächtnislösung“ im Ergebnis um eine „Vermächtnislösung“ ergänzt. Der Text des Behindertentestaments wird dadurch enorm aufgebläht. Das ließe sich zwar noch leicht verschmerzen, weil Papier bekanntlich geduldig ist. Leider erhöht sich auch der praktische Aufwand für seine Umsetzung nach dem Erbfall, was diesen Ansatz unattraktiv macht.

behinderten Angehörigen – mindestens eine weitere Person am Nachlass quotal beteiligt werden soll.

Empfehlenswert bleibt die Erbschaftslösung, wenn der behinderte Angehörige Alleinerbe wird. Denn mehr als den gesamten realen Nachlass kann er nicht erhalten. Stehen ihm trotzdem Pflichtteilsergänzungsansprüche zu, hat der Erblasser zu viel verschenkt und damit die Ziele des Behindertentestaments (teilweise) selbst unterlaufen.



7.3 Schadensbegrenzung nach einem Scheitern?

Erhält der Behinderte, aufgrund unzureichender Nachlassplanung des Verstorbenen, eine ungeschützte Nachlassbeteiligung, ist diese sozialrechtlich verwertbar.

Lässt sich in solchen Fällen dann noch etwas reparieren? Bei der Antwort auf diese Frage ist derzeit noch große Vorsicht und Zurückhaltung geboten. Für die Erwartung, die verfehlten Ziele ließen sich durch eine Vereinbarung der Hinterbliebenen problemlos doch noch erreichen, besteht kein Anlass.

Abhängig vom vorgefundenen Szenario besteht jedoch vorsichtige Hoffnung, unter bestimmten Voraussetzungen den Schaden begrenzen zu können. Ansatz für eine solche nachträgliche Lösung ist stets ein Vertrag, den der Betroffene mit (einem oder mehreren) Angehörigen schließt.

Der Grundgedanke hinter diesem Vertrag lautet: „Du gibst Deine ungeschützte Nachlassbeteiligung und erhältst dafür eine Gegenleistung, die Dir sozialrechtlich unverwertbare Vorteile bringt.“

Nochmals der wichtige Hinweis: Ob die gleich skizzierten Lösungswege im Ernstfall wirklich zum gewünschten Ergebnis führen, ist noch völlig offen. Wer den Versuch wagt, muss deshalb immer auch einkalkulieren, dass es zu einem langwierigen Rechtsstreit kommen kann, der nicht nur Geld, sondern auch Nerven kostet.

! Ausschlagung gegen Abfindung

Ausgangslage ist, dass der Behinderte entweder gesetzlicher Erbe geworden ist, weil der Verstorbene überhaupt kein (wirksames) Testament errichtet hat. Oder der Betroffene im Testament als Alleinerbe, Miterbe oder Vermächtnisnehmer bedacht worden ist, aber die „schützende Käseglocke“ einer Verwaltungstestamentsvollstreckung fehlt.

Gestaltungsansatz:

- ▶ Vertragspartner des Behinderten sind diejenigen Personen, welche als Ersatzerben an seine Stelle treten, wenn er sein Erbe ausschlägt. Ist er Vermächtnisnehmer gilt das entsprechend. Rückt kein Ersatzvermächtnisnehmer nach, entlastet die Ausschlagung des Vermächtnisses die belasteten Erben, so dass diese Vertragspartner sind.
- ▶ Der Behinderte verpflichtet sich gegenüber seinen Vertragspartnern dazu, seine (ungeschützte) Nachlassbeteiligung auszuschlagen.
- ▶ Als Gegenleistung verpflichten diese sich dazu, die ihnen – aufgrund der Ausschlagung – zufallende Nachlassbeteiligung auf Lebzeiten des Behinderten so einzusetzen, wie der Erblasser das in der Verwaltungsanordnung hätte anordnen sollen. Die wirtschaftlichen Vorteile der Gegenleistung fließen dem Betroffenen dann ausschließlich in sozialrechtlich unverwertbarer Form zu.

Zu diesem Gestaltungsansatz gibt es bereits (ablehnende!) obergerichtliche Rechtsprechung: Sowohl das Oberlandesgericht Stuttgart als auch das OLG Hamm hatten einem solchen „Rettungsversuch“ eine Abfuhr erteilt: Der Behinderte würde in diesem Vertrag zu Lasten der Allgemeinheit disponieren, was als sittenwidrig zu bewerten sei. Denn dem Sozialleistungsträger würde Vermögen entzogen werden, welches ihm bereits (über den Nachranggrundsatz) entlastend zur Verfügung gestanden hat.

OLG Stuttgart, Urteil vom 25.6.2001 – 8 W 494/99;
OLG Hamm, Urteil vom 16.7.2009 – 15 Wx 85/09.

Schien dieser Lösungsweg damit verbaut, hat ihn der Bundesgerichtshof in seiner Grundlagenentscheidung zum Behindertentestament vom 19.1.2011 wieder freigemacht. Er hat die Argumentation der beiden Oberlandesgerichte aufgegriffen und ausdrücklich zurückgewiesen. Das darf als Hinweis auf künftig mögliche Reparaturgestaltungen verstanden werden. Denn es ist völlig unüblich, dass der Bundesgerichtshof sich zu Entscheidungen äußert, die nicht Gegenstand des konkreten Verfahrens und sogar bereits rechtskräftig sind.

In seinen Ausführungen wird deutlich, dass die Wertungen zum Behindertentestament auch auf Fälle zu übertragen sind, in denen der Behinderte selbst mit erbrechtlicher Relevanz handelt. Wie bei einer Ausschlagung gegen Abfindung.

Entscheidendes Argument des BGH ist die „negative Erbfreiheit“: Der gesetzliche „Vonselbsterwerb“ lässt den Erben automatisch und ohne eigenes Zutun Eigentümer des gesamten Nachlasses werden, einschließlich aller Schulden. Man wird also ungefragt und ungewollt Erbe, womöglich mit ruinösen wirtschaftlichen Konsequenzen. Die im Grundgesetz (Artikel 14) verankerte Erbrechtsfreiheit schützt deshalb auch das Recht, sich durch Ausschlagung wieder von einer Erbschaft befreien zu können. Unabhängig davon, ob damit Dritten, die ohne die Ausschlagung mittelbar von dem Vermögenszuwachs profitieren würden, Nachteile entstehen oder nicht. Neben Gläubigern des Erben gehören auch die Sozialleistungsträger zum Kreis dieser Dritten.

Für ein Vermächtnis gibt das Gesetz keine Ausschlagungsfrist vor. Grundsätzlich kann der Bedachte also seine Entschei-

dung offenhalten, ob er es annimmt oder nicht. Nur einen pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer kann der Erbe dazu auffordern, sich zur Annahme oder Ausschlagung zu äußern (§ 2307 BGB).

Für einen Erben beträgt die reguläre Ausschlagungsfrist dagegen nur sechs Wochen. Hier ist also Eile geboten, um noch einen Rettungsversuch zu unternehmen. Denn die Ausschlagungsfrist beginnt bereits zu laufen, sobald dem Behinderten bekannt ist, dass er Erbe geworden ist und auf welchem Berufungsgrund (Gesetz oder ein konkretes Testament) sein Status als Erbe beruht (§ 1944 BGB). Steht der Erbe unter Betreuung, läuft die Frist (erst bzw. bereits) mit Kenntnis des Betreuers an.

Vorsicht! Waren für den ausgeschlagenen Erbteil im Testament Belastungen angeordnet, entsteht als Folge der Ausschlagung der ordentliche Pflichtteilsanspruch, also wiederum ungeschütztes Vermögen. In diesem Fall muss im Vertrag auch der Erlass dieses Anspruchs vereinbart werden (siehe dazu gleich bei „Erlass gegen Abfindung“).

! Erbteilsübertragung gegen Abfindung

Die Argumente des Bundesgerichtshofes zur „negativen Erbfreiheit“ stimmen optimistisch, dass der Lösungsansatz „Ausschlagung gegen Abfindung“ Erfolg versprechend sein kann. In der Realität wird er allerdings an der kurzen Ausschlagungsfrist scheitern, wenn der Behinderte Erbe geworden ist. Innerhalb von sechs Wochen das Problem und den möglichen Lösungsweg zu erkennen, den Vertrag auszuhandeln und wirksam abzuschließen sowie dann noch die Ausschlagung gegenüber dem Nachlassgericht zu erklären, wird nur selten gelingen.

Ist der (ungeschützte) Erbteil endgültig beim Behinderten, muss der Reparaturversuch deshalb einen anderen Inhalt be-

kommen: Denkbar ist dann eine „Erbteilsübertragung gegen Abfindung“. § 2033 BGB räumt jedem Miterben die Möglichkeit ein, über seinen Anteil am Nachlass (nicht an den einzelnen Nachlassgegenständen!) zu verfügen. Für den Alleinerben steht der „Erbkauf“ (§ 2371 BGB) parat, um die Übertragung des gesamten Nachlasses vorzunehmen.

Allerdings setzt eine solche Verwertung der Erbenstellung voraus, dass der Behinderte diese akzeptiert hat. Das Argument der „negativen Erbfreiheit“, mit welchem der Bundesgerichtshof den Weg in die „Ausschlagung gegen Abfindung“ gewiesen hat, kann deshalb hier nicht verwendet werden. Die Risikoprognose ist für diesen Lösungsansatz deshalb schlechter.



! Erlass gegen Abfindung

Ein Erlassvertrag beseitigt einen Anspruch, der bereits entstanden ist. Das kann zum einen der Anspruch aus einem (bereits angenommenen) Vermächtnis sein. Vor allem aber der ordentliche Pflichtteilsanspruch, der dem Behinderten zusteht, weil ihn der Verstorbene enterbt hat. Oder weil er seine Nachlassbeteiligung als Erbe oder Vermächtnisnehmer, wegen der angeordneten Beschränkungen, ausgeschlagen hat. Und schließlich Pflichtteilergänzungsansprüche, die dem Betroffenen wegen lebzeitiger Schenkungen des Verstorbenen an andere zustehen.

Bezieht der Pflichtteilsberechtigte „Bürgergeld“, geht sein Anspruch nach herrschender Meinung automatisch sofort kraft Gesetzes auf den Leistungsträger über. Gleichgültig, ob seine Forderung auf das Vermächtnis, den Pflichtteil oder Pflicht-

teilergänzung gerichtet ist: Sie gehört ihm nicht mehr, er kann deshalb auch nicht mehr wirksam darüber in einem Vertrag verfügen. Ein Erlassvertrag – mit oder ohne Abfindung – scheidet deshalb aus.

Beim Bezug von Sozialhilfe wird deren Träger demgegenüber erst nach seiner Überleitungsanzeige Inhaber des Anspruchs. Der Erlassvertrag ist deshalb nach dem Erbfall noch möglich, solange die Überleitung noch nicht erfolgt ist. Die Vertragskonstruktion entspricht dann grundsätzlich der für die „Ausschlagung gegen Abfindung“ beschriebenen. Nur, dass sich die Leistungspflicht des Behinderten auf den Erlass des (ungeschützten) Anspruchs bezieht. Die Anerkennung einer solchen Vereinbarung, mit der nachträglich sozialrechtlich Verwertbares unverwertbar gemacht wird, ist derzeit ebenfalls ungewiss.

! Rückgabe geschenkten Vermögens

Ungeschütztes Vermögen kann der Behinderte auch durch (gut gemeinte) Schenkungen erhalten haben. Er müsste es verwerten, bevor er in Zukunft erfolgreich bedarfsabhängige So-

zialeleistungen beantragen könnte. Auch in einem solchen Fall kann deshalb darüber nachgedacht werden, das vorhandene „verwertbare Vermögen“ in „unverwertbares“ umzuwandeln.

! Sozialrechtliche Sanktionen bei erfolgreicher Reparatur?

Es ist also völlig offen, ob eine ungeschützte Nachlassbeteiligung gegen Leistungen „eingetauscht“ werden kann, die das primäre Gestaltungsziel des (fehlenden oder fehlerhaften) Behindertentestaments doch noch erreichen.

Doch selbst wenn das im konkreten Fall geglückt sein sollte, wird der Sozialleistungsträger es womöglich nicht dabei bewenden lassen: Denn es liegt nahe, dass er dann den Vorwurf erheben wird, der Behinderte habe sich durch Ausschlagung, Übertragung oder Erlass seiner Nachlassbeteiligung selbst „arm“ gemacht. Das Sozialrecht erlaubt es, bei einer „absichtlich herbeigeführten Hilfebedürftigkeit“ Sanktionen zu verhängen:

Rechtsgrundlage dafür sind bei der Sozialhilfe § 26 SGB XII und beim Bezug von „Bürgergeld“ §§ 31a und 31b SGB II: Bürgergeld kann dann (höchstens) drei Monate und um

maximal 30% gekürzt werden, Sozialhilfe dagegen (im schlimmsten Fall unbefristet).

Allerdings ist auch hier noch ungeklärt, ob die Konstruktionen zur Reparatur mangelhafter Nachlassplanung diese Sanktionen erlauben. Im schlimmsten Fall droht dann aber – nach dem Streit über die Wirksamkeit der Reparatur – ein weiterer über die Zulässigkeit der Leistungskürzungen.

Eine große Rolle dürfte dabei auch der Zeitfaktor spielen: Der Vorwurf, mit dem Reparaturvertrag habe der Betroffene „seine Hilfsbedürftigkeit absichtlich herbeigeführt“, wird mit zunehmendem zeitlichen Abstand zwischen Vertragsabschluss und Antragstellung an Gewicht verlieren.

Abschnitt 8

Unwirksamkeit des Behindertentestaments wegen „Sittenwidrigkeit“?

8.1 Was ist „sittenwidrig“?

8.2 Sittenwidrigkeit der Gestaltungsziele?

8.3 Sittenwidrigkeit bei „beträchtlichem“ Vermögen?

8.1 Was ist „sittenwidrig“?

§ 138 Abs. 1 BGB lautet:

„Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“

Doch wann ist ein Geschäft „sittenwidrig“? Bereits 1901 entwickelte das Reichsgericht die noch heute gängige Formel, wonach ein „Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden“ zur Sittenwidrigkeit eines Vertrages oder eines anderen juristischen Konstrukts führt. Die Rechtsordnung erkennt es dann nicht an, obwohl es nicht ausdrücklich vom Gesetz verboten ist.

RG, Urteil vom 11. April 1901 - V1 443100.

Heute wirkt diese Floskel sicher etwas altbacken. Sie meint, dass das fragliche Geschäft nicht mit der vorherrschenden Rechts- und Sozialmoral vereinbar ist. Diese hat keinen festen Inhalt, sondern ändert sich mit den gesellschaftlichen Gegebenheiten.

Die Rechtsprechung hat deshalb Fallgruppen gebildet, die bei der erforderlichen Wertung helfen sollen.

8.2 Sittenwidrigkeit der Gestaltungsziele?

Die gezielte Schädigung eines Dritten ist eine dieser Fallgruppen. Und erklärtes Ziel eines Behindertentestamentes ist es, den sozialrechtlichen Nachranggrundsatz zu unterlaufen (siehe dazu oben unter 4.1, Seite 12). Die finanziellen Lasten, die sich aus der Behinderung ergeben, sollen beim Sozialleistungsträger (und damit bei der Allgemeinheit) verbleiben, die Nachlassbeteiligung des Betroffenen soll ausschließlich der Verbesserung seines Lebensstandards dienen.

Die Auffassung, wonach ein Behindertentestament „sittenwidrig“ sei, wurde daher von Anfang an vereinzelt, dafür aber umso hartnäckiger vertreten.

Der Bundesgerichtshof hat jedoch – in gefestigter Rechtsprechung – anders entschieden.

BGH, Urteil vom 24.7.2019 - XII ZB 560/18, BGH, Urteil vom 19.1.2011 - IV ZR 7/10, BGH, Urteil vom 19.10.2005 - IV ZR 235/03, BGH, Urteil vom 8.12.2004 - IV ZR 223/03, BGH, Urteil vom 20.10.1993 - IV ZR 231/92, BGH, Urteil vom 21.3.1990 - IV ZR 169/89.

► Das „Prinzip des Familienlastenausgleichs“:

Der Sozialleistungsträger wird weitestgehend daran gehindert, Unterhaltsansprüche eines volljährigen Behinderten gegen dessen Eltern oder Kinder geltend zu machen (siehe dazu im Infokasten auf Seite 08). Die mit der Behinderung verbundene wirtschaftliche Belastung wird dadurch endgültig der Allgemeinheit auferlegt. Hier und an mehreren anderen Stellen durchbricht das Gesetz selbst den „Nachranggrundsatz“, der somit nicht als ein starres Prinzip ausgeformt worden ist. Damit kann er, nach Überzeugung des Bundesgerichtshofes, keine prägende Kraft für die Sittenwidrigkeitswertung mehr haben.

► Das „Fürsorgeinteresse des Erblassers“:

Die staatliche Grundversorgung des behinderten Angehörigen erfolgt auf niedrigem Niveau, bis zur Untergrenze des „soziokulturellen Existenzminimums“. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes kann es dem Erblasser daher nicht verwehrt werden, diese Versorgung mithilfe der Nachlassbeteiligung zu verbessern. Und – als notwendiges Zwischenziel – dem Staat den Zugriff darauf zu verwehren.

► „Nur mittelbare Schädigung“:

Nicht die nachteiligen Folgen für die öffentliche Hand sind das Ziel eines Behindertentestamentes, sondern die Ver-

sorgung des betroffenen Angehörigen. Sie sind deshalb hinzunehmen, solange es keine anderslautende gesetzliche Regelung gibt. Die Gelegenheit dazu hätte der Gesetzgeber in der Vergangenheit mehrmals gehabt, er hat sie aber (bewusst) nicht genutzt. Ein gesetzliches Verbot des Behindertentestaments müsste sich am Sozialstaatsprinzip messen lassen, welches im Grundgesetz mit „Ewigkeitsgarantie“ verankert ist (Artikel 20 Abs. 1 und 79 Abs. 3 GG). Ich wage die Prognose, dass das Einsparpotenzial eines solchen gesetzlichen Verbotes auf absehbare Zeit weder Anlass noch Rechtfertigung für eine solche politische Zielsetzung sein kann.

8.3 Sittenwidrigkeit bei beträchtlichem Vermögen?

Doch kann diese Wertung auch dann Bestand haben, wenn es um einen sehr großen Nachlass geht? Stellen wir uns vor, schon der Pflichtteilsanspruch des behinderten Angehörigen wäre außergewöhnlich groß. So groß, dass schon seine Erträge ausreichen, um nicht nur die Verbesserung des Lebensstandards zu finanzieren, sondern sogar den gesamten Bedarf des Behinderten. Welches „Fürsorgeinteresse“ soll es dann rechtfertigen, den Sozialleistungsträger die Grundversorgung bezahlen zu lassen? Und drängt sich bei einem millionenschweren Nachlass wirklich noch der Gedanke an einen „Familienlastenausgleich“ auf?

Der Bundesgerichtshof hat es in seinen beiden Entscheidungen in den 1990er-Jahren deshalb offengelassen, ob in solchen (seltenen) Ausnahmekonstellationen die Bewertung der Sittenwidrigkeit anders ausfallen könnte.

Zwischenzeitlich hatte das Oberlandesgericht Hamm einen solchen Fall zu entscheiden.

OLG Hamm, Urteil vom 27. Oktober 2016 - V10 U 13/16.

Die monatlichen Aufwendungen des Sozialhilfeträgers für den betroffenen Angehörigen beliefen sich dabei auf 1.800 €. Schon dessen Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche betragen über 900.000 €. Gut angelegt, hätten also die Erträge der Nachlassbeteiligung Grundbedarf und „angemessenen Luxus“ abdecken können. Mit zwei starken Argumenten hat das Gericht es jedoch abgelehnt, eine Sittenwidrigkeit des Behindertentestaments bei „beträchtlichem Vermögen“ in Betracht zu ziehen:

► Zum einen, weil der Begriff des „beträchtlichen Vermögens“ auf diese Weise die Grenze zwischen erlaubtem und unerlaubtem Behindertentestament markieren würde. Doch diese Trennlinie müsste letztlich willkürlich gezogen werden: Erstes Kriterium wäre dabei nicht die Höhe des hinterlassenen Vermögens. Sondern stattdessen, wie viel davon dem Behinderten (mindestens) zustehen würde. Das hängt aber auch von der familiären Ausgangslage ab, also insbesondere von der Anzahl der pflichtteilsberechtigten Hinterbliebenen. Zum anderen müssten die Erträge dieser Nachlassbeteiligung für die Versorgung ausreichen. Je nach Art und Schwere der Beeinträchtigung kann der tatsächliche Bedarf, der durch die staatliche Grundversorgung zu decken ist, erheblich variieren. Eine feste Obergrenze für den Nachlasswert, bei deren Überschreiten das Behindertentestament unwirksam würde, würde das unberücksichtigt lassen.

► Noch überzeugender ist jedoch folgendes Argument des OLG Hamm: Ein Behindertentestament hebt immer den sozialrechtlichen Nachranggrundsatz aus. Es ist eine rechtspolitische Entscheidung, das Ausnutzen dieser Gestaltungsmöglichkeit dennoch grundsätzlich zuzulassen. Legt man nun dafür eine Vermögensobergrenze fest, erweckt das den Eindruck einer Art „Vermögenssteuer“, die nur Familien oberhalb der Grenze trifft. Sie müssen den Sozialleistungsträger entlasten, die anderen nicht. Ohne gesetzliche Grundlage sind Steuern jedoch unzulässig.

Beispielsfall mit Muster

9. Fiktiver Beispielsfall

Ausgangslage | Muster



In diesem (fiktiven!) Beispielsfall geht es um die Nachlassplanung der Familie Schröder.

Vater Christian und Mutter Stefanie haben zwei noch minderjährige Kinder: Tochter Emma (geboren 2014) und Sohn Paul (geboren 2017). Bei Paul ist das Chromosom 21 dreifach (statt doppelt) vorhanden. In welchem Umfang diese „Trisomie 21“ („Down-Syndrom“) die Entwicklung von Paul konkret beeinträchtigen wird, steht noch nicht fest.

Ohne testamentarische Regelung würde beim Tod eines Elternteils sein Nachlass nach den gesetzlichen Vorgaben vererbt: Die Schröders haben keinen Ehevertrag, leben also im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Bei gesetzlicher Erbfolge würde deshalb eine Erbengemeinschaft entstehen. An ihr wären der überlebende Partner mit einer Erbquote von ein Halb, die beiden Kinder zu je einem Viertel beteiligt.

Die elterliche Sorge wird zwar nun durch den noch lebenden Elternteil alleine ausgeübt. Da er aber auch Miterbe geworden ist, geht das Gesetz von einem Interessenkonflikt aus. Das Familiengericht würde deshalb für Emma und Paul jeweils einen Ergänzungspfleger ernennen. Er würde, bis zur Volljährigkeit des Kindes, dessen Rechte als Miterbe ausüben. Für besonders wichtige Entscheidungen benötigt er zusätzlich die Genehmigung des Familiengerichts.

Christian und Stefanie Schröder wollen für den Fall vorsorgen, dass einer von ihnen (oder beide) abrupt aus dem Leben gerissen werden sollte. Nach ihren Vorstellungen soll zunächst der Überlebende Alleinerbe werden. Zum einen, um ihn mit dem vorhandenen Vermögen optimal abzusichern. Zum anderen, weil sich die Entwicklung beider Kinder noch nicht absehen lässt und das bürokratische Monstrum der Ergänzungspflegschaft verhindert werden soll. Und schließlich soll auch die besondere Ausgangslage von Paul berücksichtigt werden, bei der die Interessen der Familie durch ein „Behindertentestament“ geschützt werden sollen.

Urkunde
des Notars Dr. Thomas Kornexl in Erding



UVZnr. X 876/23

Sachb.: X

Erbvertrag

Heute, am siebenundzwanzigsten Oktober
zweitausenddreißig

- 27.10.2023 -

waren vor mir,

Dr. Thomas KORNEXL,

Notar in Erding,

in meiner Geschäftsstelle gleichzeitig anwesend:

Herr **Christian Schröder**,
geboren am 07.03.1988,
und seine Ehefrau,
Frau **Stefanie Schröder**, geb. Wolff,
geboren am 29.10.1991,
derzeitige Anschrift: 85435 Erding, Amselweg 15,
nach Angabe im gesetzlichen Güterstand verheiratet,
ausgewiesen durch ihre gültigen deutschen Personalausweise.

Nach meiner Überzeugung sind beide Beteiligte voll geschäftsfähig.

Keiner von ihnen verlangte, dass zur Beurkundung ein Zeuge oder ein zweiter Notar hinzugezogen wird. Ein gesetzlicher Grund dafür bestand ebenfalls nicht.

Mit Ersuchen um Beurkundung erklärten die Beteiligten:

Wir schließen folgenden Erbvertrag.

1. Persönliche Verhältnisse

Zu unseren persönlichen Verhältnissen erklären wir:

1.1 Abstammung

Christian Andreas Schröder

Geburtsort: Erding, Kreis Erding

Staatsangehörigkeit: ausschließlich deutsch

Geburtsregisternummer: 354/1988

MUSTER: VERMÄCHTNISLÖSUNG BEI BEIDEN ERBFÄLLEN

Die Geburtsregister-
nummer finden Sie
oben auf Ihrer Ge-
burtsurkunde. Sie
wird zur gesetzlich
vorgeschriebenen
Registrierung im Zen-
tralen Testaments-
register benötigt.

Stefanie Schröder

Geburtsort: München (Standesamt II)
Staatsangehörigkeit: ausschließlich deutsch
Geburtsregisternummer: 4212/1991

1.2 Abkömmlinge

Emma Lena Schröder, geboren am 01.04.2017, und **Paul Uwe Schröder**, geboren am 26.12.2020, sind unsere gemeinsamen Kinder.
Einseitige Kinder oder Enkelkinder sind bei keinem von uns vorhanden.

1.3 Familienstand

Wir haben standesamtlich am 04.04.2016 in Moosinning die für den Mann und die Frau jeweils erste Ehe geschlossen.

Zur Verteilung unseres Nachlasses treffen wir folgende Verfügungen:

2. Erbfolge**2.1 Erster Erbfall****a) Erbe**

Unter der Bedingung, dass der eine von uns den anderen überlebt, ist **der Längerlebende von uns beiden** unbeschränkter **Alleinerbe** des zuerst Verstorbenen.

b) Ersatzerben

Kann oder will dieser nicht Erbe werden, treten **Ersatzerben** an seine Stelle. Das sind:

- (1) Vorrangig unsere Tochter **Emma Schröder**, nachrangig dazu ihre dann etwa vorhandenen Abkömmlinge, entsprechend den Regeln der gesetzlichen Erbfolge.
- (2) Nochmals nachrangig dazu ist **Paul Schröder** Ersatzerbe.
Er wird somit beim ersten Erbfall nur Erbe, wenn weder der Längerlebende von uns noch einer unserer vorstehend als Ersatzerben eingesetzten Abkömmlinge Erbe werden kann oder will.
- (3) Erneut nachrangig dazu sind die dann etwa vorhandenen Abkömmlinge von **Paul Schröder** Ersatzerben, wiederum entsprechend den Regeln der gesetzlichen Erbfolge.
- (4) Kann oder will überhaupt kein Abkömmling von uns Erbe werden, sind Ersatzerben:
 - (a) Mit einer Erbquote von je einem Viertel die Nichte und der Neffe von Christian Schröder, nämlich **Luisa Schröder**, geboren am 18.01.2021, und **Benjamin Schröder**, geboren am 21.03.2022. Beide wohnen derzeit in 85560 Ebersberg,

MUSTER: VERMÄCHTNISLÖSUNG BEI BEIDEN ERBFÄLLEN

Am Alten Rathaus 3.

- (b) Mit einer Erbquote von ein Halb der Neffe von Stefanie Schröder, nämlich **Maximilian Wolff**, geboren am 08.06.2015, derzeitige Anschrift: 85461 Bockhorn, Jennerweinweg 24c.

Sollten auch Luisa Schröder oder Benjamin Schröder nicht Erbe werden können oder wollen, ist der andere für dessen Erbteil Ersatzerbe. Die Anwendung anderslautender Auslegungs- und Ergänzungsregeln wird hiermit ausgeschlossen, also auch das Nachrücken etwa vorhandener Abkömmlinge.

Im Übrigen sind die Erben untereinander (nachrangige) Ersatzerben.

2.2 Zweiter Erbfall und gleichzeitiges Versterben

a) Erbe

Alleinerbe des Längerlebenden von uns und Alleinerbe von uns beiden, falls wir gleichzeitig sterben sollten, ist **Emma Schröder**.

b) Ersatzerben

Kann oder will **Emma Schröder** nicht Erbe werden, treten Ersatzerben an ihre Stelle. Das sind:

- (1) Vorrangig ihre dann vorhandenen Abkömmlinge, entsprechend den Regeln der gesetzlichen Erbfolge.
- (2) Nachrangig dazu ist **Paul Schröder** Ersatzerbe.
Er wird somit auch beim zweiten Erbfall nur Erbe, wenn keiner unserer vorstehend als Ersatzerben eingesetzten anderen Abkömmlinge Erbe werden kann oder will.
- (3) Nochmals nachrangig dazu sind die dann etwa vorhandenen Abkömmlinge von **Paul Schröder** Ersatzerben, wiederum entsprechend den Regeln der gesetzlichen Erbfolge.
- (4) Kann oder will überhaupt kein Abkömmling von uns Erbe werden, sind Ersatzerben:
 - (a) Mit einer Erbquote von je einem Viertel **Luisa Schröder** und **Benjamin Schröder**.
 - (b) Mit einer Erbquote von ein Halb **Maximilian Wolff**.

Sollten auch Luisa Schröder oder Benjamin Schröder nicht Erbe werden können oder wollen, ist der andere für dessen Erbteil Ersatzerbe. Die Anwendung anderslautender Auslegungs- und Ergänzungsregeln wird hiermit ausgeschlossen, also auch das Nachrücken etwa vorhandener Abkömmlinge.

Im Übrigen sind die Erben untereinander (nachrangige) Ersatzerben.

2.3 Reihenfolge

Diese Erbeinsetzungen gelten unabhängig davon, in welcher Reihenfolge wir sterben.

MUSTER: VERMÄCHTNISLÖSUNG BEI BEIDEN ERBFÄLLEN

Ersatzberufungen dienen immer der Störfallvorsorge: Wie beim Fußball stehen „Ersatzspieler“ bereit, falls einer der Akteure aus dem Spiel ausscheidet. Ein anderer übernimmt dann seine Rolle.

3. Nachlassbeteiligung unseres Sohnes Paul Schröder

3.1 Regelungsziele

Unser Sohn **Paul Schröder** wird voraussichtlich nicht in der Lage sein, die für seinen Lebensunterhalt erforderlichen Mittel selbst nachhaltig und vollständig durch eigene Einkünfte aufzubringen. Ursache für die unzureichende Erwerbsfähigkeit sind seine gesundheitlichen Beeinträchtigungen.

Aus Fürsorge für unseren Sohn will jeder von uns mit seinen Anordnungen folgende Ziele erreichen:

- a) Zum einen wollen wir verhindern, dass Vermögenswerte, welche **Paul Schröder** aus dem elterlichen Nachlass erhält, im sozialrechtlichen Sinn "verwertbar" sind, also bedarfsmindernd eingesetzt werden können. Denn dadurch würden sie zwar den Sozialleistungsträger entlasten, jedoch nicht nachhaltig den Lebensstandard von **Paul Schröder** verbessern.

Dazu dient die Verwaltungstestamentsvollstreckung: Der Testamentsvollstrecker erhält dabei in der Verwaltungsanordnung die bindende Anweisung, wie er das von ihm für **Paul Schröder** verwaltete Vermögen zu verwenden hat: Nämlich so, dass er **Paul Schröder** einen angemessenen Lebensstandard ermöglicht, ohne dass dadurch bedarfsabhängige Sozialleistungen wegfallen, gekürzt werden oder zurückgefordert werden können.

- b) Zum anderen soll das, was von der jeweiligen Nachlassbeteiligung unseres Sohnes **Paul Schröder** bei seinem eigenen Tod noch übrig ist, dann den von uns damit bedachten Personen zustehen.

Dazu dient die Anordnung, dass **Paul Schröder** seine Nachlassbeteiligung nur auf Lebenszeit zusteht. Das, was bei seinem eigenen Tod davon noch übrig ist, ist dann vom Testamentsvollstrecker an die von uns bestimmten Nachvermächtnisnehmer zu übertragen.

- ☒ Bei Umsetzung dieser Anordnungen wird der im Sozialrecht geltende Nachranggrundsatz unterlaufen. Nach der derzeit geltenden Rechtslage, insbesondere der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, sind sie trotzdem nicht zu beanstanden.

Hierzu erklären wir vorsorglich:

Für den Fall, dass sich die Rechtslage in Zukunft jedoch ändern und unsere Anordnungen dann sittlich missbilligt oder gar als gesetzeswidrig behandelt werden, sollen sie durch ergänzende Auslegung angepasst werden. Und zwar so, dass unsere Regelungsziele in dem Umfang, wie es dann rechtlich gerade noch zulässig ist, so weit wie möglich verwirklicht werden.

3.2 Quotenvermächtnisse bei beiden Erbfällen

a) Vermächtnisnehmer und Ersatzvermächtnisnehmer

- ⇒ Jeder von uns belastet seinen Erben zugunsten unseres Sohnes **Paul Schröder** mit einem **Quotenvermächtnis**. Das gilt unabhängig davon, in welcher Reihenfolge wir sterben.

Der Anspruch aus dem Quotenvermächtnis entsteht allerdings nicht, falls **Paul Schröder** beim Erbfall, aufgrund der Ersatzberufung in Nr. 2, selbst Alleinerbe geworden ist.

- ⇒ Der Inhalt dieser Vermächtnisse wird nachfolgend genauer geregelt.
 ⇒ Kann oder will unser Sohn **Paul Schröder** ein Vermächtnis nicht annehmen, treten seine dann etwa vorhandenen Abkömmlinge als **Ersatzvermächtnisnehmer** an seine Stelle.

MUSTER: VERMÄCHTNISLÖSUNG BEI BEIDEN ERBFÄLLEN

Hier werden die beiden Gestaltungsziele (siehe Abschnitt 4 und 5) kurz dargestellt.

Zum Nachranggrundsatz vgl. Abschnitt 3 (Seite 11).

Erläuterungen zum Quotenvermächtnis finden Sie im Infokasten auf Seite 25.

- ⇒ Sind solche nicht vorhanden oder will auch keiner von ihnen das Vermächtnis annehmen, entfällt es; das Nachrücken weiterer **Ersatzvermächtnisnehmer** wird hiermit ausgeschlossen.

b) Höhe der Quote

- ⇒ **Vermächtnisgegenstand** ist grundsätzlich ein Geldbetrag, dessen konkrete Höhe einer bestimmten **Quote vom Nachlasswert** entspricht:
- ⇒ Diese **Quote** beträgt bei jedem der beiden Erbfälle zwei Prozentpunkte mehr als die Pflichtteilsquote, welche **Paul Schröder** dann konkret zusteht.
Bei unseren aktuellen familiären Verhältnissen wären dies somit **vierzehneinhalb Prozent** beim Tod des Erstversterbenden und **siebenundzwanzig Prozent** beim Tod des Längerlebenden.
Sollte keiner von uns beiden Erbe des anderen werden, würde diese Quote für unsere beiden Nachlässe ebenfalls jeweils **siebenundzwanzig Prozent** betragen.

c) Berechnungsgrundlage

(1) Grundsatz

Zur Berechnung des Anspruchs aus dem Quotenvermächtnis ist grundsätzlich der **Reinwert des Nachlasses** im Sinne des § 2311 BGB heranzuziehen, also was nach Erfüllung sämtlicher Nachlassverbindlichkeiten verbleibt.

(2) Ausnahme

- ⇒ Die Berechnungsgrundlage ändert sich jedoch, falls unserem Sohn **Paul Schröder** beim Erbfall **Pflichtteilsergänzungsansprüche** zustehen würden.
- ☒ **Pflichtteilsergänzungsansprüche** können in Bezug auf Vermögenswerte bestehen, die der Verstorbene zu Lebzeiten verschenkt oder anderweitig ohne gleichwertige Gegenleistung übertragen hat.
- ⇒ Solche Vermögenswerte sind **zusätzlich Bestandteil der Berechnungsgrundlage** für das Quotenvermächtnis.
Anzusetzen ist dabei jedoch nur der konkrete Wert, mit dem die betroffene Zuwendung dann nach der gesetzlichen Vorgabe bei der Berechnung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen unseres Sohnes **Paul Schröder** noch zu berücksichtigen wäre.

d) Ersetzungsbefugnis

- ⇒ Der Vermögensvorteil, der unserem Sohn **Paul Schröder** aufgrund seines Quotenvermächtnisses zusteht, muss nicht durch Zahlung von Geld geleistet werden.
Stattdessen kann der Anspruch auch – teilweise oder vollständig – dadurch erfüllt werden, dass **Paul Schröder** das Eigentum an anderen Vermögensgegenständen übertragen oder ein Nutzungsrecht (z.B. ein Wohnungsrecht an einer Immobilie) eingeräumt wird.
- ⇒ Die **Ersetzungsbefugnis** gilt bei beiden Erbfällen. Sie steht den jeweiligen Erben zu. Ist der Testamentsvollstrecker nicht zugleich Erbe, ist sie jedoch gemeinsam mit diesem auszuüben.

MUSTER: VERMÄCHTNISLÖSUNG BEI BEIDEN ERBFÄLLEN

e) Fälligkeit und Vorschuss

- ⇒ Das Quotenvermächtnis zugunsten von **Paul Schröder** ist jeweils unverzüglich nach dem Erbfall zu erfüllen.
- ⇒ Die Höhe des Anspruchs aus dem Quotenvermächtnis hängt vom Reinwert des Nachlasses ab. Bis sie feststeht, ist deshalb an den Testamentsvollstrecker ein **angemessener Vorschuss** zu leisten.

Festzulegen ist dieser nach billigem Ermessen: Grundsätzlich durch den Erben, jedoch einvernehmlich von ihm und dem Testamentsvollstrecker, falls dieser nicht auch Erbe ist.

3.3 Nachvermächtnisanordnung

a) Vermögensvorteil auf Lebenszeit

Bei Erfüllung seines Quotenvermächtnisses erhält unser Sohn **Paul Schröder** Vermögen aus dem elterlichen Nachlass. Das, was von diesem Vermögen bei seinem eigenen Tod noch übrig ist, soll dann den von uns damit bedachten Personen zustehen.

Unser Sohn **Paul Schröder** ist deshalb bei beiden Erbfällen nur **Vorvermächtnisnehmer**, so dass mit seinem Tod beim Nachvermächtnisnehmer ein Anspruch auf Übertragung der vom Nachvermächtnis erfassten Vermögensgegenstände entsteht.

Sollte **Paul Schröder** aufgrund der in Nr. 2 enthaltenen Ersatzberufung Erbe (und nicht lediglich Vermächtnisnehmer) geworden sein, gilt dieses Nachvermächtnis sinngemäß als Herausgabevermächtnis.

b) Nachvermächtnisnehmer

- ⇒ Lebt der Längerlebende von uns beiden beim Tod von **Paul Schröder** noch, ist er vorrangig **Nachvermächtnisnehmer**.
- ⇒ Andernfalls gilt: Sollte unser Sohn **Paul Schröder** bei seinem Tod eigene Abkömmlinge haben, sind diese vorrangig **Nachvermächtnisnehmer**, und zwar entsprechend den Regeln der gesetzlichen Erbfolge.
- ⇒ Sollte **Paul Schröder** bei seinem Tod keine Abkömmlinge hinterlassen oder keiner von ihnen das Vermächtnis annehmen, sind **Nachvermächtnisnehmer**:
 - (1) Vorrangig unsere Tochter **Emma Schröder**, nachrangig dazu ihre dann etwa vorhandenen Abkömmlinge, entsprechend den Regeln der gesetzlichen Erbfolge.
 - (2) Sollte beim Tod von **Paul Schröder** überhaupt kein Abkömmling von uns vorhanden sein oder das Nachvermächtnis annehmen, sind **Nachvermächtnisnehmer Luisa Schröder** und **Benjamin Schröder** mit einer Beteiligungsquote von je einem Viertel und **Maximilian Wolff** mit einer Beteiligungsquote von ein Halb.
 - (3) Luisa Schröder und Benjamin Schröder sind wiederum vorrangig gegenseitig Ersatzvermächtnisnehmer.
 - (4) Im Übrigen sind die Nachvermächtnisnehmer untereinander Ersatznachvermächtnisnehmer, so dass sich dann im Ergebnis ihre Beteiligung im Verhältnis ihrer eigenen Quote erhöht. Auch hier wird das Nachrücken von etwa vorhandenen Abkömmlingen

MUSTER: VERMÄCHTNISLÖSUNG BEI BEIDEN ERBFÄLLEN

Zum Nachvermächtnis vgl. Abschnitt 5.3 (Seite 22).

somit ausgeschlossen.

c) Rechtliche Ausgestaltung des Nachvermächtnisses

Für das Verhältnis von Vor- und Nachvermächtnisnehmer gelten jeweils folgende Regeln:

- (1) Das Nachvermächtnis gibt dem Nachvermächtnisnehmer einen **Anspruch auf Über-eignung und Herausgabe** sämtlicher Vermögensgegenstände, welche **Paul Schröder** nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils bei Erfüllung seines Vorvermächtnisses tatsächlich erhalten hat.
- (2) Ist – bei wirtschaftlicher Betrachtung – bis zum Tod von **Paul Schröder** an die Stelle eines dieser Vermögensgegenstände ein anderer Vermögenswert in sein Vermögen geflossen, erfasst der Anspruch aus dem Nachvermächtnis auch ein solches "**Surrogat**".
- (3) In Bezug auf die zu Lebzeiten von **Paul Schröder** gezogenen **Nutzungen** und für (ersatzlose) **Verluste der Vermögenssubstanz**, insbesondere für verbrauchtes Vermögen, stehen dem Nachvermächtnisnehmer keine Ansprüche zu.
- (4) Sollte **Paul Schröder** aus Vermögen, welches nicht aus dem Nachlass des zuerst verstorbenen Elternteils stammt, **Investitionen** vorgenommen haben, gilt:
Gewöhnliche Erhaltungskosten für einen vom Nachvermächtnis erfassten Vermögensgegenstand sind ihm nicht zu ersetzen. Notwendige Verwendungen und nachgewiesene Aufwendungen auf einen solchen Vermögensgegenstand dagegen schon, jedoch nur, soweit dessen Wert bei Herausgabe an den Nachvermächtnisnehmer dadurch noch nachweislich erhöht ist.
- (5) Die **Anwartschaft des Nachvermächtnisnehmers** ist weder vererblich noch übertragbar.
Kein Nachvermächtnisnehmer kann somit zu Lebzeiten von **Paul Schröder** über seinen künftigen Anspruch aus dem Nachvermächtnis durch Rechtsgeschäft oder eigene Nachlassplanung wirksam verfügen.
- (6) Jeder Nachvermächtnisnehmer wird hiermit verpflichtet, bis zur Fälligkeit des Nachvermächtnisses weder eine **Sicherung seines Anspruchs** zu verlangen noch selbst durchzusetzen.

3.4 Verwaltungstestamentsvollstreckung

a) Bedingte Anordnung

- ⇒ Jeder von uns ordnet in Bezug auf das Quotenvermächtnis von Paul Schröder eine Verwaltungstestamentsvollstreckung an.
- ⇒ Diese Anordnung ist jedoch **bedingt**: Sie gilt nur, wenn beim jeweiligen Erbfall die Verpflichtung aus diesem Quotenvermächtnis entstanden ist.

Ist **Paul Schröder** aufgrund der Ersatzberufung Erbe geworden, ist die Vollstreckung jedoch als Dauertestamentsvollstreckung angeordnet: Der Testamentsvollstrecker hat dann vor der Verwaltung auch die Nachlassabwicklung durchzuführen.

MUSTER: VERMÄCHTNISLÖSUNG BEI BEIDEN ERBFÄLLEN

b) Aufgaben

Der Testamentsvollstrecker hat folgende Aufgaben:

- ⇒ Ist er nicht zugleich Erbe, hat er – zusammen mit diesem – die **Ersetzungsbefugnis** auszuüben, also festzulegen, welche Vermögenswerte zur Erfüllung des Quotenvermächtnisses von **Paul Schröder** zu leisten sind.
- ⇒ Er hat diese Vermögenswerte an dessen Stelle entgegenzunehmen und im Anschluss daran zu verwalten.
- ☒ Die §§ 2215 und 2220 BGB verpflichten den Testamentsvollstrecker dazu, nach Annahme seines Amtes unverzüglich ein schriftliches Nachlassverzeichnis zu erstellen.
- ⇒ Jeder von uns weist den jeweiligen Testamentsvollstrecker dazu an, dieses **Verzeichnis** anschließend bis zum Ende der Testamentsvollstreckung fortzuführen.
Dabei müssen die Veränderungen, insbesondere Änderungen der Anlageform, Entnahmen zum Verbrauch und etwaige werterhöhende Aufwendungen jedoch lediglich stichpunktartig unter Angabe von Datum und Betrag dokumentiert werden.
- ☒ Nach dem Tod von **Paul Schröder** haben an sich dessen Erben die vom Nachvermächtnis erfassten Vermögenswerte an den Nachvermächtnisnehmer zu übertragen.

Jeder von uns ordnet jedoch an:

- ⇒ Diese Verpflichtung aus dem angeordneten Nachvermächtnis ist noch vom Testamentsvollstrecker zu erfüllen.
- ⇒ Um eine möglichst konfliktfreie Erfüllung des Nachvermächtnisses zu ermöglichen, sind dabei für die Frage, welche Vermögenswerte an den Nachvermächtnisnehmer zu übertragen sind, die Feststellungen in dem vom Testamentsvollstrecker erstellten und fortgeführten Verzeichnis verbindlich.

c) Befugnisse

- ⇒ Der Testamentsvollstrecker ist bei beiden Erbfällen von den **Beschränkungen des § 181 BGB** befreit.
Er kann somit bei Rechtsgeschäften über die von ihm verwalteten Vermögenswerte gleichzeitig als Testamentsvollstrecker, aber auch für sich oder als Vertreter eines Dritten handeln.
- ⇒ Der Testamentsvollstrecker ist – wie das die gesetzliche Auslegungsregel des § 2209 Satz 2 BGB "im Zweifel" vorsieht – berechtigt, uneingeschränkt **Verbindlichkeiten einzugehen**.
Er muss somit nicht bei jeder Vornahme eines Rechtsgeschäftes nachweisen, dass dieses zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist.

d) Verwaltungsanordnung

Mit dieser – nach § 2216 Abs. 2 BGB verbindlichen – Verwaltungsanordnung will jeder von uns erreichen, dass die Nachlassbeteiligungen unseres Sohnes **Paul Schröder** ausschließlich zu einer lebenslangen Verbesserung seines Lebensstandards verwendet werden:

MUSTER: VERMÄCHTNISLÖSUNG BEI BEIDEN ERBFÄLLEN

(1) Grundregeln zur Mittelverwendung

Folgende Regeln sind für den Testamentsvollstrecker zwingend und deshalb ausnahmslos einzuhalten:

- (a) Leistungen aus den verwalteten Nachlassbeteiligungen dürfen an unseren Sohn **Paul Schröder** nur erbracht werden, wenn und soweit auf sie kein Anspruch gegen einen Dritten (insbesondere einen Sozialleistungsträger) besteht.
- (b) Sämtliche Leistungen an **Paul Schröder** sind so zu erbringen, dass sie weder zu einer Kürzung noch dem (vorübergehenden oder dauerhaften) Wegfall von bedarfsabhängigen Sozialleistungen führen und durch sie auch keine Erstattungs- oder Ersatzpflicht für anderweitig erhaltene Leistungen Dritter ausgelöst wird.

- ⇒ Insbesondere dürfen daher aus den verwalteten Vermögen nicht erbracht werden:
 - Leistungen, die Teil einer **Paul Schröder** zustehenden bedarfsabhängigen sozialrechtlichen Grundversorgung sind,
 - Aufwendungsersatz- und Vergütungsansprüche für jede Art von Betreuer oder Verfallenspfleger, die für **Paul Schröder** etwa bestellt werden,
 - Aufwendungsbeiträge für etwa durch **Paul Schröder** erhaltene Eingliederungshilfen.
- ⇒ Bezieht **Paul Schröder** bedarfsabhängige Sozialleistungen, dürfen ihm Geldbeträge nicht zur freien Verfügung überlassen werden, wenn und soweit dadurch die maßgebenden Einkommensgrenzen überschritten würden.

Innerhalb der so vorgegebenen Grenzen hat der Testamentsvollstrecker aus den verwalteten Nachlassbeteiligungen Leistungen zu erbringen, die den Lebensstandard unseres Sohnes **Paul Schröder** verbessern.

- ⇒ Um dieses Ziel zu erreichen, darf der Testamentsvollstrecker nicht nur die **Erträge** der verwalteten Nachlassbeteiligungen einsetzen, sondern – bis zum Tod von **Paul Schröder** – auch die **Substanz des verwalteten Vermögens** teilweise oder vollständig aufbrauchen.
- ⇒ Inhalt und Zeitpunkt der Leistungen darf der Testamentsvollstrecker grundsätzlich nach seinem freien Ermessen festlegen.

Die konkreten Wünsche unseres Sohnes **Paul Schröder** hat er dabei aber – soweit möglich und sinnvoll – zu berücksichtigen.

(2) Beispiele für mögliche Leistungen

Derzeit könnten insbesondere folgende Leistungen erbracht werden:

- ⇒ **Im Gesundheitsbereich:** Z.B. Zuschüsse zu Zahnersatz, ambulanter oder stationärer Heilbehandlung, Krankenhaustagegeld, Zuzahlungen zu Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln, Massagen, Krankengymnastik, Physiotherapie sowie ähnliche Aufwendungen, jedoch nur, soweit für sie kein Leistungsanspruch gegenüber der Krankenversicherung oder anderen Sozialleistungsträgern besteht.
- ⇒ **Im persönlichen Bereich:** Zuwendungen, die dazu dienen, konkrete **immaterielle Bedürfnisse** von **Paul Schröder** zu befriedigen, beispielsweise Freizeitgestaltung, Hobbies, Besuche kultureller Einrichtungen und Veranstaltungen, Wellness-Behandlungen (z.B. Friseur, Fußpflege, Kosmetik), Ausflüge oder Urlaub (einschließlich des Aufwandes für die Urlaubsgestaltung), Besuche bei Verwandten und Freunden. Soweit dabei Kosten für Begleitpersonen anfallen, dürfen auch diese übernommen werden.
- ⇒ Aber auch für **materielle Bedürfnisse** können Nachlassmittel verwendet werden: Z.B., um

MUSTER: VERMÄCHTNISLÖSUNG BEI BEIDEN ERBFÄLLEN

Zu diesen beiden „Goldenen Regeln“ für den Testamentsvollstrecker vgl. Seite 14. Erst durch sie entsteht die „schützende Käseglocke“.

Vgl. dazu die Infokästen auf Seite 14 und 15.

die Nutzung von Gegenständen des persönlichen Gebrauchs (Kauf oder Miete) sowie eine qualitativ hochwertige Ernährung und Bekleidung zu ermöglichen, für angemessene Geschenke zum Geburtstag und Weihnachten und anderen üblichen Anlässen.

Stets hat der Testamentsvollstrecker dabei allerdings die zwingend angeordneten Grundregeln aus Abschnitt (1) zu beachten.

e) Person des Testamentsvollstreckers

- ⇒ Zum **Testamentsvollstrecker** ernennt hiermit jeder von uns den anderen Erbvertragspartner.

Dieser ist dazu berechtigt, nach dem ersten Erbfall jederzeit – und auch ohne Antritt seines Amtes – durch öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht einen **anderen Testamentsvollstrecker** bzw. einen **Nachfolger** für den Fall zu benennen, dass sein Amt vor Beendigung der Testamentsvollstreckung enden sollte.

- ⇒ **Ersatztestamentsvollstrecker** (und damit sofort Testamentsvollstrecker beim Schlusserbfall und bei einem gleichzeitigen Versterben von uns beiden) ist der Bruder von Stefanie Schröder, **Stefan Wolff**, geboren am 07.05.1985, derzeitige Anschrift: 85461 Bockhorn, Jennerweinweg 24c, der somit Testamentsvollstrecker wird, falls der Längerlebende von uns sein Amt nicht antritt oder sein Amt endet, jeweils ohne dass er sein Benennungsrecht ausgeübt hat. Auch **Stefan Wolff** steht dann ein Nachfolgerbenennungsrecht mit dem gleichen Inhalt zu, wobei das Benennungsrecht des Längerlebenden von uns Vorrang hat.

- ⇒ Kann oder will Stefan Wolff das Amt des Testamentsvollstreckers nicht antreten und hat er auch nicht von seinem Benennungsrecht Gebrauch gemacht, ist nachrangiger **Ersatztestamentsvollstrecker** der Bruder von Christian Schröder, **Marcus Schröder**, geboren am 02.10.1990, derzeitige Anschrift: 85560 Ebersberg, Am Alten Rathaus 3.

Auch **Marcus Schröder** steht dann das Recht zu, jederzeit nach dem zweiten Erbfall – und auch ohne Antritt seines Amtes – einen anderen Testamentsvollstrecker oder Nachfolger zu benennen, wobei das Benennungsrecht von **Stefan Wolff** Vorrang hat.

- ⇒ Einem Testamentsvollstrecker, welcher das Amt aufgrund der Ausübung eines Nachfolgerbenennungsrechts übernommen hat, steht ein solches Benennungsrecht ebenfalls zu.
- ⇒ Das **Nachlassgericht** soll (gemäß § 2200 BGB) einen Testamentsvollstrecker ernennen, wenn dies erforderlich wird, weil keine der nach vorstehenden Grundsätzen ernannten oder noch zu ernennenden Personen dieses Amt ausüben kann oder will.

f) Vergütung des Testamentsvollstreckers

- ☒ Nach der gesetzlichen Vorgabe des § 2221 BGB steht dem Testamentsvollstrecker eine "angemessene Vergütung" zu, sofern der Erblasser nichts anderes bestimmt hat.

Hierzu ordnet jeder von uns an:

- ⇒ **Dem Längerlebenden von uns** steht als Testamentsvollstrecker lediglich der Ersatz seiner Aufwendungen zu, jedoch keine Vergütung. Er darf sich die Aufwendungen selbst aus der verwalteten Nachlassbeteiligung ersetzen.
- ⇒ **Ein anderer Testamentsvollstrecker** (also auch ein von uns ernannter) hat Anspruch auf eine Vergütung, deren Höhe von ihm nach der Tabelle mit den **Empfehlungen des Deutschen Notarvereins** in ihrer jeweils aktuellsten Fassung festzusetzen ist, zuzüglich einer

MUSTER: VERMÄCHTNISLÖSUNG BEI BEIDEN ERBFÄLLEN

Hier werden mehrere Möglichkeiten zur Bestimmung des aktuellen Testamentsvollstreckers kombiniert. Vgl. dazu Seite 16.

Zur Vergütung des Testamentsvollstreckers siehe Abschnitt 4.6 (Seite 16).

etwa nach dem Gesetz in Rechnung zu stellenden Umsatzsteuer.

Er ist berechtigt, sie selbst aus der verwalteten Nachlassbeteiligung zu entnehmen, hat jedoch **Paul Schröder** bzw. dessen gesetzlichen Vertreter darüber zu informieren. Die Höhe der Vergütung kann gerichtlich überprüft werden, falls Paul Schröder (bzw. dessen gesetzlicher Vertreter) oder – nach seinem Tod – einer der Nachvermächtnisnehmer dies verlangt. Diese sind deshalb über die Entnahme der Vergütung und deren Höhe zu informieren.

4. Erbrechtliche Bindung

- ☒ Ist der künftige Erblasser an frühere Verfügungen gebunden, kann er seinen Nachlassverteilungsplan gar nicht mehr oder nur noch eingeschränkt ändern. Bindende Verfügungen können in einem Gemeinschaftlichen Testament oder einem Erbvertrag enthalten sein.

Hierzu erklären wir:

4.1 Bisher keine Bindung

- ⇒ Keiner von uns ist bisher an eine frühere Nachlassplanung gebunden, die er gemeinsam mit einem Dritten vorgenommen hat.
- ⇒ Verfügungen, die wir bisher alleine oder gemeinsam errichtet haben, werden hiermit vollständig und endgültig widerrufen bzw. aufgehoben.

4.2 Künftige Bindung

Eine **vertragsmäßige Bindung** vereinbaren wir ausschließlich für unsere gegenseitigen Erbeinsetzungen.

Jeder von uns ist somit dazu berechtigt, seine übrigen Verfügungen jederzeit ganz oder teilweise zu ändern oder zu widerrufen, ohne dass dazu die Mitwirkung des anderen Erbvertragspartners erforderlich wäre.

Vgl. Abschnitt 10.1 (Seite 54): Hier wird dem Längerlebenden größtmögliche Freiheit eingeräumt.

4.3 Beseitigung der bindenden Verfügungen durch Rücktritt

Jeder von uns soll jedoch auch die bindend zugunsten des anderen Erbvertragspartners vereinbarten Verfügungen beseitigen können.

- ⇒ Dazu wird jedem von uns das Recht vorbehalten, durch einseitige Erklärung von seinen vertragsmäßig bindenden Verfügungen zurückzutreten, beispielsweise dann, wenn der andere nicht mehr in der Lage ist, an deren Aufhebung mitzuwirken.
- ☒ Der Notar hat uns darauf hingewiesen, dass eine solche Rücktrittserklärung notariell beurkundet und dem anderen Erbvertragspartner noch zu dessen Lebzeiten zugehen muss.
- ⇒ Ein solcher Rücktritt lässt nur diejenigen Verfügungen wegfallen, welche einer von uns zugunsten des jeweils anderen getroffen hat. Sämtliche Verfügungen zugunsten anderer Personen bleiben demgegenüber wirksam, solange sie nicht gesondert widerrufen werden.

Anderslautende Auslegungs- und Ergänzungsregeln sind nicht anzuwenden.

Die „Notausstiegsluke“ eines einseitigen Rücktritts wird hoffentlich nicht benötigt. Aber was, wenn ein Partner schon demenzkrank im Pflegeheim ist und beim anderen nun eine schnellverlaufende tödliche Krankheit diagnostiziert worden ist?

MUSTER: VERMÄCHTNISLÖSUNG BEI BEIDEN ERBFÄLLEN

5. Schlussbestimmungen

5.1 Abschriften, Kosten dieser Urkunde

- ⇒ Da der Notar die **Urschrift dieses Erbvertrages** an das Amtsgericht Erding abzuliefern und die **Eintragung im Zentralen Testamentsregister** zu veranlassen hat, soll er eine beglaubigte Abschrift in seiner Urkundensammlung aufbewahren. Jedem von uns soll von dieser Urkunde eine einfache Abschrift erteilt werden.
- ☒ Ein Erbvertrag wird beim Erbfall grundsätzlich auch dann durch das Nachlassgericht eröffnet und verkündet, wenn er bis dahin aufgehoben oder abgeändert worden ist. Die Vertragspartner können das nur verhindern, indem sie den Erbvertrag noch gemeinsam aus der amtlichen Verwahrung zurücknehmen.
- ⇒ Die **Kosten dieser Urkunde** sollen uns gemeinsam in Rechnung gestellt werden.
Sie hängen vom Wert unseres jeweiligen Gesamtvermögens sowie von der Höhe etwaiger Verbindlichkeiten ab; beides gibt jeder von uns gesondert an.

Zu den Kosten (-vor- teilen) der notariell beurkundeten Nachlassplanung s. Abschnitt 10.4 (Seite 56).

5.2 Hinweise des Notars

- ☒ Ob und was jemand aus seinem hinterlassenen Vermögen erhält, kann der jeweilige Erblasser zwar grundsätzlich frei in einem Testament oder Erbvertrag bestimmen.

Verschiedene rechtliche Besonderheiten können jedoch dazu führen, dass der darin vorgesehene Nachlassverteilungsplan beim Erbfall nicht wie vorgesehen realisiert wird.

Solche Besonderheiten können insbesondere sein:

a) Auslandsbezug

- ☒ Ist beim Erbfall für den Nachlass des Erblassers eine fremde Rechtsordnung anzuwenden, werden seine in diesem Erbvertrag enthaltenen Verfügungen womöglich nicht oder nicht vollständig anerkannt und umgesetzt: Einzelne Staaten wenden auf **Grundbesitz**, der sich beim Erbfall auf ihrem Hoheitsgebiet befindet, stets ihr eigenes Erbrecht an. Sogar dann, wenn sie für den restlichen Nachlass die Zuständigkeit einer anderen Rechtsordnung anerkennen.

Darüber hinaus ist im Geltungsbereich der **Europäischen Erbrechtsverordnung** grundsätzlich das Erbrecht desjenigen Staates anzuwenden, in welchem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hat. Mit einer **Rechtswahl** kann sich der Erblasser stattdessen für das Recht desjenigen Staates entscheiden, welchem er – entweder im Zeitpunkt der Rechtswahl oder bei seinem Tod – angehört hat. Eine solche Rechtswahl kann auch in einem ergänzenden Testament oder Erbvertrag nachgeholt werden.

Hierzu erklärt jeder von uns:

Wegen der damit verbundenen Mehrkosten möchte ich in diesem Erbvertrag keine Rechtswahl vornehmen.

So werden z.B. sämtliche Immobilien auf französischem Hoheitsgebiet ausnahmslos nach französischem Recht vererbt. In Österreich droht die Versteigerung der geerbten Eigentumswohnung, wenn sie an mehr als zwei Personen gefallen ist und diese nicht innerhalb einer gerichtlich festgesetzten Frist eine Zuordnung an höchstens zwei Eigentümer vornehmen.

Besondere Regelungen können hier erforderlich werden, wenn jemand (zusätzlich) eine ausländische Staatsangehörigkeit hat.

MUSTER: VERMÄCHTNISLÖSUNG BEI BEIDEN ERBFÄLLEN

Vgl. dazu auch den Infokasten „Pflichtteil“ auf Seite 20.

b) Mindestbeteiligung eines Pflichtteilsberechtigten

- ☒ Bestimmten nahen Angehörigen des Erblassers kann auch gegen seinen Willen eine Mindestbeteiligung in Geld zustehen.

Pflichtteilsberechtigt können Abkömmlinge und der Ehepartner des Erblassers sein sowie – falls er keine Abkömmlinge hinterlassen hat – seine dann noch lebenden Elternteile, nicht aber Geschwister oder andere Angehörige.

Pflichtteilsansprüche setzen voraus, dass der dann konkret pflichtteilsberechtigte Angehörige nicht als Erbe eingesetzt worden ist oder für seinen Erbteil zusätzliche Verpflichtungen oder Beschränkungen angeordnet worden sind.

Pflichtteilsergänzungsansprüche können entstehen, wenn der Erblasser noch zu Lebzeiten Vermögenswerte verschenkt oder anderweitig ohne gleichwertige Gegenleistung übertragen hat. Sie richten sich grundsätzlich ebenfalls gegen den Erben, in besonderen Fällen jedoch direkt gegen den Empfänger des Geschenks.

Ihm heute **unbekannte Pflichtteilsberechtigte** kann der Erblasser nicht berücksichtigen. Diese haben deshalb grundsätzlich das Recht, den Nachlassverteilungsplan nach dem Erbfall anzufechten und ungültig zu machen.

Hierzu erklären wir:

Derzeit wären jeweils der andere Ehepartner und die beiden gemeinsamen Kinder **Emma Schröder** und **Paul Schröder** pflichtteilsberechtigt.

Jeder von uns erklärt außerdem:

- ⇒ Meine Verfügungen sollen selbst dann uneingeschränkt gültig bleiben, wenn bei meinem Tod mir heute **unbekannte Pflichtteilsberechtigte** vorhanden sein sollten. Ich verzichte deshalb hiermit auf die Möglichkeit, sie wegen eines unbekanntem Pflichtteilsberechtigten anzufechten.
- ⇒ Mir ist bekannt, dass die wirtschaftliche Belastung eines tatsächlich zu erfüllenden Pflichtteilsanspruchs, die sogenannte **Pflichtteilslast**, nach der gesetzlichen Vorgabe von Erben und Vermächtnisnehmern grundsätzlich anteilig zu tragen ist.

Von der Möglichkeit, eine davon abweichende Verteilung der Pflichtteilslast anzuordnen, will ich keinen Gebrauch machen.

c) Besondere Vermögenswerte

- ☒ **Lebensversicherungsverträge** enthalten oft eine Regelung, wonach die Versicherungssumme beim Tod des Versicherten nicht dessen Erben zusteht, sondern dem im Versicherungsvertrag benannten Bezugsberechtigten. Eine bestehende Bezugsberechtigung kann nicht durch diesen Erbvertrag geändert werden, erforderlich ist eine gesonderte Erklärung gegenüber der Versicherung. Entsprechende Regelungen können auch mit Banken für besondere Sparverträge bestehen.
- ☒ Anteile an sogenannten **Publikumsgesellschaften** (z.B. börsennotierte Aktien oder Fonds) sind regelmäßig problemlos vererblich. Bei anderen Beteiligungen können Regelungen im **Gesellschaftsvertrag** zum einen verhindern, dass die Erben die Beteiligung des Verstorbenen (dauerhaft) erhalten und zum anderen auch ausschließen, dass sie eine Abfindung erhalten, deren Höhe dem realen Anteilswert entspricht.

Hilfreich dazu ist der Infokasten „Pflichtteilsergänzungsansprüche“ auf Seite 32.

MUSTER: VERMÄCHTNISLÖSUNG BEI BEIDEN ERBFÄLLEN

d) Steuern

Ob und in welcher Höhe beim Erbfall von einem im Nachlassverteilungsplan Bedachten Steuern zu bezahlen sind, steht heute nicht fest. Steuerliche Ratschläge hat der Notar nicht erteilt.

Diese Urkunde wurde vom Notar vorgelesen,
von beiden Beteiligten durch mündliche Erklärung genehmigt
und eigenhändig unterschrieben:



Christian Schröder



Stefanie Schröder



Dr. Kornexl, Notar

Abschnitt 10

Wissenswertes zu Formalien und Kosten

10.1 Formales

10.2 Zum Notar, zum Anwalt oder gleich selber machen?

10.3 Die Notargebühren

10.4 Mit oder ohne Notar – ein Kostenvergleich

10.1 Formales

Stellen Sie sich vor, Sie fahren in Urlaub. Für Ihre Reise stehen regelmäßig verschiedene Transportmittel zur Wahl. Ob Fahrrad, Auto, Reisebus, Bahn oder Flugzeug – alle bringen Sie an Ihr Ziel. Unterschiede bestehen jedoch in Bezug auf Reisedauer, Komfort und Kosten.

Wollen Sie ein wirksames Behindertentestament errichten, stehen Ihnen ebenfalls mehrere Vehikel zur Verfügung:

Der letzte Wille eines Einzelnen kann in einem **Testament** niedergelegt werden. Zwei gleichwertige Errichtungsformen bietet das Gesetz hierfür an: Das eigenhändige und das öffentliche Testament, welches notariell beurkundet wird.

Mehrere Personen können entweder einen **Erbvertrag** schließen oder, falls Sie miteinander verheiratet oder verlobt sind, ein **Gemeinschaftliches Testament** errichten. Während der Erbvertrag zwingend die notarielle Beurkundung vorsieht, kann ein **Gemeinschaftliches Testament** wiederum auch eigenhändig verfasst werden. Dabei gilt eine besondere Erleichterung: Es genügt, wenn der Text von einem Partner handschriftlich zu Papier gebracht wird und dann von beiden unterschrieben wird.

Erbvertrag und Gemeinschaftliches Testament unterscheiden sich in ihrer Bindungswirkung. Also bei der Frage, ab wann und in welchem Umfang die Mitwirkenden an das gebunden sind, was sie in ihrer jeweiligen Nachlassplanung verfügen haben. Beim Notar stehen Ihnen beide Errichtungsformen zur Verfügung. Richtig angewandt, sind beide gleichwertig. Bei sorgfältiger Fahrweise kommen Sie mit einem Auto unabhängig davon ans Ziel, ob dieses zwei oder vier Türen hat. Ich bevorzuge allerdings den Erbvertrag: Bei ihm kann für jede einzelne Verfügung eindeutig festgelegt werden, ob sie vertragsmäßig (= bindend) oder einseitig (= jederzeit frei widerruflich) sein soll. Einen solchen einfachen „ja/nein-Schalter“ gibt es beim Gemeinschaftlichen Testament nicht. Die dort vorgesehene Möglichkeit einer „Wechselbezüglichkeit“ hat schon viele Familien unglücklich gemacht. Nach dem ersten Erbfall konnte der Längerlebende seine eigenen Verfügungen nicht mehr ändern, ohne dass ihm oder dem Verstorbenen diese Konsequenz bekannt war, als sie ihr Testament erstellt hatten.

Ein **Pflichtteilsverzichtsvertrag**, durch welchen der Nachlassverteilungsplan abgesichert wird, muss wiederum zwingend vom Notar beurkundet werden. Er lässt sich zudem nur mit einem Erbvertrag in einer Urkunde verbinden, nicht mit einem Einzel- oder Gemeinschaftlichen Testament.

10.2 Zum Notar, zum Anwalt oder selber machen?

Behindertentestamente sind, wegen ihrer komplizierten Konstruktion und ihrer anspruchsvollen Regelungen, fehler-

anfällig. Unzureichende Formulierungen gefährden das Erreichen der Gestaltungsziele.

Behindertentestament selbst gemacht?

Für ein perfekt passendes Kleidungsstück bieten Maßschneider ihre Dienste an. Sie können aber auch, auf der Grundlage eines Schnittmusters und ohne einschlägige Ausbildung, selbst etwas zusammennähen. Die eine oder andere Blöße lässt sich damit sicher bedecken. Nur den Wenigsten wird aber ein Ergebnis gelingen, das in Qualität, Passform und Er-

scheinungsbild der Arbeit des Profis entspricht. Entsprechendes gilt, wenn ein Behindertentestament – unter Verwendung eines Mustertextes – selbst erstellt wird. Die damit verbundene Mühe und Unsicherheit lohnt jedoch nicht, wie wir gleich bei der Frage nach den Kosten sehen werden.

Doch besser (nicht) zum Rechtsanwalt?

Der Beruf des Rechtsanwaltes kann als Generalist, aber auch als Spezialist ausgeübt werden. Deshalb gibt es unter den rund 165.000 Anwälten, die in Deutschland im Jahr 2020 zugelassen waren, auch einige, die sich beim Thema „Behindertentestament“ gut auskennen. Allerdings kann der Anwalt bei Errichtung des Testaments nur beraten und gegebenenfalls den Entwurf erstellen. Errichten muss es sein Mandant entweder als eigenhändiges Testament, wozu er den Entwurf dann vollständig abschreiben muss. Oder er lässt den Entwurf stattdessen von einem Notar beurkunden. Durch die dafür zu bezahlende Beurkundungsgebühr sind aber auch Beratung und Entwurfserstellung abgegolten. Es besteht daher kein vernünftiger Grund, diese Leistungen für zusätz-

liches Geld bei einem Anwalt „einzukaufen“. Anders als dem Notar ist es dem Anwalt zwar erlaubt, seine Honorarhöhe zu verhandeln. Doch Rechtsanwälte, die ausreichend fachliche Kompetenz erworben haben, um ein Behindertentestament maßgeschneidert und einwandfrei zu gestalten, haben keine Veranlassung, ihre Dienstleistung „billig“ zu verramschen. Die Gebühren für die Beratungs- und Entwurfsleistung des Anwalts können jedenfalls den Gesamtaufwand für die notarielle Beurkundung erheblich übersteigen. Und nach dem Erbfall liegt dennoch nur ein eigenhändiges Testament vor, durch das im Regelfall erhebliche Mehrkosten entstehen.

Die Notargebühren als Investition zugunsten der Erben

Wird das Behindertentestament notariell beurkundet, sind dafür Gebühren zu bezahlen. Ähnlich wie Beiträge zu einer Lebensversicherung zahlt sich diese Investition nicht für den Erblasser selbst aus. Stattdessen profitiert, nach seinem Tod, eine ihm nahestehende Person davon.

Oft (und zurecht) wird betont, der vom Notar beurkundete „letzte Wille“ verhindere kostspielige Erbstreitigkeiten. Deren Ursache sind nämlich fast immer unklare Formulierungen, wie sie bei eigenhändigen Testamenten leider oft anzutreffen sind.

Ihren zählbaren finanziellen Vorteil ziehen öffentliches Testament und Erbvertrag allerdings aus einem anderen Umstand: Für den in ihnen benannten Erben wird in aller Regel der sonst notwendige Erbschein überflüssig. Der Erbschein hat die Funktion, im Rechtsverkehr die Eigentümerstellung des Erben zu beweisen. Damit z.B. Grundbesitz oder Konten des Verstorbenen auf den Erben umgeschrieben werden können und er über das ererbte Vermögen verfügen kann. Eine beglaubigte Abschrift der notariellen Urkunde und des vom Nachlassgericht erstellten Protokolls über seine Eröffnung ersetzen den Erbschein fast immer.

10.3 Die Notargebühren

Der Notar hat seine Kosten nach den Vorgaben des Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG) in Rechnung zu stellen. Vereinbarungen zur Gebührenhöhe, in denen von der gesetzlichen Vorgabe nach oben oder unten abgewichen wird, sind ihm gesetzlich untersagt. Das GNotKG gilt

bundesweit, so dass die konkrete Urkunde bei jedem Notar in Deutschland dasselbe kostet.

Für die Höhe des Rechnungsbetrages sind zwei Größen entscheidend: Geschäftswert und Gebührensatz.

Gebührensatz

Der Gebührensatz ist in Nr. 21100 des Kostenverzeichnisses (KV) zum GNotKG geregelt: Für ein Einzeltestament beträgt

er 1,0 und für die Beurkundung eines Gemeinschaftlichen Testaments oder Erbvertrages 2,0.

Geschäftswert

Als Geschäftswert ist das „modifizierte Reinvermögen“ heranzuziehen. Es handelt sich dabei um eine in § 102 GNotKG definierte Rechengröße: Ausgangspunkt ist das „Aktivvermögen“, also das gesamte Vermögen, welches der Erblasser im Zeitpunkt der Beurkundung hat. Etwa vorhandene Schulden dürfen dann – allerdings höchstens bis zur Hälfte des Aktivvermögens – abgezogen werden.

Ein Pflichtteilsverzichtsvertrag, durch den die Nachlassplanung womöglich abgesichert wird, bildet einen eigenen, und damit gesondert zu bewertenden Beurkundungsgegenstand (§ 111 Nr. 1 GNotKG). Sein Geschäftswert entspricht der Pflichtteilsquote des Verzichtenden am aktuellen „modifizierten Reinvermögen“ des Erblassers. Bei mehreren Verzichtenden werden die jeweiligen Geschäftswerte addiert.



Beispielsberechnung zum Musterfall

Das Vermögen von Christian und Stefanie Schröder besteht derzeit aus einem Reiheneckhaus im Wert von ca. 450.000 €, das beiden zu gleichen Teilen gehört (also jeweils mit 225.000 € anzusetzen ist). Aus der Finanzierung bestehen noch gemeinsame Restschulden von etwa 180.000 €.

Christian hat noch ein Wertpapierdepot mit einem aktuellen Bestand von ca. 28.000 €, sein Auto wird ihm vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt. Sein Anteil am gemeinsamen „Notgroschen“ auf einem Sparkonto beträgt 8.000 €, derjenige an der Hauseinrichtung ca. 20.000 €. Ihm gehört außerdem ein Motorrad, dessen Zeitwert ca. 3.500 € beträgt.

Das „Aktivvermögen“ von Christian summiert sich somit auf 284.500 €. Sein Anteil an den Schulden von 90.000 € ist hier

in voller Höhe abzugsfähig, so dass sein „modifiziertes Reinvermögen“ 194.500 € beträgt.

Stefanie hat von ihrer Patentante eine (schuldenfreie) Eigentumswohnung im Wert von ca. 240.000 € geerbt. Ihr gehört ein Auto im Wert von aktuell ca. 19.000 €. Neben ihrem Anteil von 8.000 € am „Notgroschen“ und von ca. 20.000 € an der Einrichtung hat sie noch eine kapitalbildende Lebensversicherung, deren Rückkaufswert aktuell rund 35.000 € beträgt.

Daraus ergibt sich für Stefanie ein „Aktivvermögen“ von 547.000 € und, nach Abzug ihres Anteils an den noch offenen Verbindlichkeiten, ein „modifiziertes Reinvermögen“ von 457.000 €.

Für den Geschäftswert sind diese beiden „modifizierten Reinvermögen“ zu addieren; er beläuft sich daher auf 651.500 €.

Die Kostenberechnung für den Erbvertrag würde so aussehen:

| | | |
|--|--|-------------------|
| KV Nr. 21100 | (Beurkundungsverfahren) Gebührensatz 2,0 aus 651.500 € | 2.510,00 € |
| KV Nr. 32001 | (Dokumentenpauschale sw) 4 Kopien/Ausfertigungen á 14 Seiten | 8,40 € |
| KV Nr. 32002 | (Dateipauschale: Übermittlung Entwurf per E-Mail) | 1,50 € |
| KV Nr. 32005 | (Pauschale für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen) | 20,00 € |
| Summe der Kosten: 2.539,90 € | | |
| KV Nr. 32104 | (19% Umsatzsteuer auf die Kosten von 2.539,90 €) | 482,58 € |
| Summe | | 3.022,48 € |
| Durchlaufender Posten (Eintragung ins Zentrale Testamentsregister – 2 Erblasser) | | 30,00 € |
| Zu zahlender Gesamtbetrag | | 3.052,48 € |

10.4 Mit oder ohne Notar – ein Kostenvergleich

Testament oder Erbvertrag beim Notar

Ziehen wir nochmals den Musterfall heran. Die Höhe der Notargebühren für die Urkunde lag in diesem Beispielsfall bei 3.052,48 €.

Die Originalurkunde wird vom Notar, wie gesetzlich vorgesehen, an das Amtsgericht abgeliefert und dort verwahrt. Dafür fällt (einmalig) eine Gebühr von 75,00 € an. Diese Gebühr wird direkt vom Gericht erhoben, in Bayern wird die Rechnung zentral von der Landesjustizkasse in Bamberg versandt. Gleiches gilt für die Kosten, die nach den Erbfällen zu bezahlen sind:

Kosten nach dem ersten Erbfall:

- ▶ Das Nachlassgericht eröffnet nach dem Erbfall die Originalurkunde: einmalig 100,00 €
- ▶ Das Nachlassgericht nimmt die Erklärung des Testamentsvollstreckers entgegen, dass er das Amt annimmt: einmalig 15,00 €

Kosten nach dem zweiten Erbfall:

- ▶ Hier fallen dieselben Kosten an wie nach dem ersten Erbfall, also 115,00 €.

Eigenhändiges Gemeinschaftliches Testament

Damit es später nicht „verloren“ geht, kann auch ein eigenhändiges Testament in die gerichtliche Verwahrung gegeben werden. Die Gebühr ist dieselbe wie bei der notariellen Urkunde, also einmalig 75,00 €.

Vorab: Anders als bei der notariell beurkundeten Nachlassplanung steht hier die Summe der Kosten nicht vorab fest. Denn ihre Höhe richtet sich nicht nach dem aktuellen Vermögen des Erblassers. Sondern danach, wie viel er bei seinem Tod tatsächlich hinterlässt. Das kann mehr sein als er heute hat, aber auch weniger. Deshalb wirkt sich auch das Vermögen, welches der Längerlebende beim ersten Erbfall aus dem Nachlass seines Partner erhält, auf die Kosten aus, welche bei seinem eigenen späteren Ableben entstehen.

Kosten nach dem ersten Erbfall:

- ▶ Das Nachlassgericht eröffnet nach dem Erbfall das Gemeinschaftliche Testament: einmalig 100,00 €
- ▶ Der Antrag auf Erteilung des Erbscheins wird beurkundet (durch das Nachlassgericht oder einen Notar), die Richtigkeit der darin enthaltenen Angaben wird, wie vom Gesetz verlangt, durch eine „Versicherung an Eides Statt“ glaubhaft gemacht. Kosten des Erbscheinsantrags: Gebührensatz = 1,0, Geschäftswert = „Nettonachlass“, d.h. die Verbindlichkeiten sind unbeschränkt abzugsfähig.
- ▶ Der Erbschein wird antragsgemäß durch das Nachlassgericht erteilt. Kosten des Erbscheins: Gebührensatz = 1,0, Geschäftswert = „Nettonachlass“.
- ▶ Das Nachlassgericht nimmt die Erklärung des Testamentsvollstreckers entgegen, dass er das Amt annimmt: einmalig 15,00 €
- ▶ Der Antrag des Testamentsvollstreckers auf Erteilung des notwendigen „Testamentsvollstreckerzeugnisses“ wird beurkundet: Gebührensatz = 1,0, Geschäftswert = 20% des Bruttonachlasses. Beschränkt sich die Vollstreckung auf den Anteil eines Bedachten, ist dieser statt des Bruttonachlasses heranzuziehen.

Mitwirkung eines Rechtsanwaltes

Vorsicht! Beim Notar wird durch die Beurkundungsgebühr auch mitabgegolten, was an Aufwand für Beratung und Entwurfserstellung entstanden ist. Wer sich sein Testament stattdessen von einem Rechtsanwalt entwerfen lässt, muss es dann nicht nur eigenhändig schreiben und – nach dem Erbfall – die Mehrkosten für das Erbscheinsverfahren tragen. Auch das Anwaltshonorar erhöht dann die Gesamtkostenbelastung.

Kosten nach dem zweiten Erbfall:

▶ Hier fallen zwar dieselben Gebühren an wie nach dem ersten Erbfall, allerdings ist die Höhe dieser Kosten eine andere. Wie hoch sie sind, hängt davon ab, welches Vermögen tatsächlich hinterlassen wurde. Eine seriöse Prognose, in welchem Umfang sich die Gesamtkosten durch die notarielle Beurkundung der Nachlassplanung reduzieren, ist daher nicht möglich.

Als Orientierungshilfe:

▶ Unterstellt, beide Vermögen bleiben unverändert, Christian Schröder stirbt als erster und der Nachlassverteilungsplan wird auf dieser Grundlage bei beiden Erbfällen wie vorgesehen umgesetzt.

Bei notarieller Beurkundung entstehen dann insgesamt Kosten von rund 3.300,00 €.

Die (hypothetischen) Gesamtkosten beim eigenhändigen Gemeinschaftlichen Testament belaufen sich demgegenüber (in der Summe beider Erbfälle) auf rund 4.000,00 €.

Vergrößert sich das elterliche Vermögen zwischen Testamenterrichtung und den Erbfällen, öffnet sich auch die Kostenschere zugunsten der Variante mit Notar weiter. Dort stehen die Kosten mit Beurkundung endgültig fest. Dagegen erhöhen sich die Gesamtkosten beim eigenhändigen Testament durch Rückzahlung bestehender Schulden oder Wertsteigerungen, aber auch dann, wenn (z.B. durch eine Erbschaft) das Vermögen vergrößert wird.

Im Vergleich zum notariellen Testament oder Erbvertrag ist die Variante „Anwaltliche Beratung plus eigenhändiges Testament“ nochmals erheblich teurer!

Abschnitt 11

Auf einen Blick

Übersicht und Zusammenfassung



Übersicht

- ▶ Ein Behindertentestament nützt einem Angehörigen, der seinen Lebensunterhalt voraussichtlich dauerhaft nicht selbst verdienen kann, unabhängig von der Ursache seiner unzureichenden Erwerbsfähigkeit.
- ▶ Gestaltungsziel Nr. 1 ist es, sicherzustellen, dass mit der Nachlassbeteiligung der Lebensstandard des Betroffenen auf Lebenszeit verbessert wird – über das staatlich gewährte Existenzminimum hinaus.
- ▶ Gestaltungsziel Nr. 1 erfordert ein Aushebeln des im Sozialrecht geltenden Nachranggrundsatzes. Dieser legt fest, dass vorhandenes Einkommen und Vermögen verwertet werden müssen, bevor der Sozialstaat mit bedarfsabhängigen Sozialleistungen die notwendige Grundversorgung sichert.
- ▶ Beim Behindertentestament wird deshalb die Nachlassbeteiligung unter die „schützende Käseglocke“ einer Verwaltungstestamentsvollstreckung gebracht und so sozialrechtlich „unverwertbar“ gemacht.
- ▶ Das Vermögen „unter der Käseglocke“ ist ausschließlich dazu bestimmt, den Lebensstandard des Betroffenen über das staatlich gewährte Existenzminimum hinaus zu verbessern. Dazu erhält der Testamentsvollstrecker eine präzise und verbindliche Verwaltungsanordnung.
- ▶ Gestaltungsziel Nr. 2 ist es, sicherzustellen, dass beim Tod des Betroffenen ein etwa noch vorhandener Rest seiner Nachlassbeteiligung an die im Behindertentestament festgelegten Personen fällt – und nicht an den Sozialhilfeträger.
- ▶ Um Gestaltungsziel Nr. 2 zu erreichen, stehen unterschiedliche Konstruktionen zur Verfügung. Der betroffene Angehörige wird dabei entweder als Alleinerbe, als Miterbe oder als Quotenvermächtnisnehmer eingesetzt.
- ▶ Welches Modell vorzuziehen wird, ist individuell zu entscheiden und hängt u.a. davon ab, wie viele andere Personen am Nachlass beteiligt werden sollen. Die besondere Situation des betroffenen Angehörigen ist dabei nur ein Umstand, der bei der Nachlassplanung berücksichtigt werden muss.
- ▶ Denn auch zahlreiche andere familiäre und wirtschaftliche Umstände können zu besonderen Gestaltungszielen führen. Schon die Frage, wer sonst noch in welchem Umfang bedacht werden soll, ist ein solcher Umstand. Als weitere praxisrelevante Beispiele lassen sich Kinder aus einer gescheiterten Beziehung, Stiefkinder oder der Wunsch, eine unnötige Mehrbelastung mit Erbschaftsteuer zu vermeiden, anführen.
- ▶ Zusätzliche Gestaltungsziele erfordern den Einsatz zusätzlicher Gestaltungsmittel, weshalb die konkrete Nachlassplanung stets „maßgeschneidert“ sein muss. Mustertexte können dabei nur ein Hilfsmittel sein.
- ▶ Ein notariell beurkundeter Nachlassverteilungsplan spart in den meisten Fällen Kosten, weil der sonst regelmäßig notwendige Erbschein entbehrlich wird.
- ▶ Die Kosten beim Notar hängen von der Höhe des aktuell vorhandenen Vermögens ab.

notare

MICHAEL INNINGER

DR. THOMAS KORNEXL

Dr.-Ulrich-Weg 1 D-85435 Erding Telefon: 08122 - 977-0 E-Mail: notare@erdingnik.de

© 2023 Dr. Thomas Kornexl

Fotos: Adobe Stock, außer Seite 13 (Kornexl)

Ein (auch auszugsweiser) Nachdruck oder eine anderweitige Vervielfältigung ist, soweit nicht eine der gesetzlich geregelten Ausnahmen greift, nur mit schriftlicher Genehmigung des Verfassers zulässig.