

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Abruf-Nr.: 173056**

**letzte Aktualisierung: 15. November 2019**

**BGB §§ 138, 1948, 1953; SGB II §§ 31, 34**

**Ausschlagung als testamentarisch berufener Erbe zur Erlangung der gesetzlichen Erbenstellung; Fragen der Ausschlagung durch einen Bezieher von ALG II**

**I. Sachverhalt**

Herr L (Vater) und Frau L (Mutter) sind verheiratet und haben ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem die Ehegatten sich gegenseitig als Erben einsetzen. Alleiniger Ersatzerbe ist der Sohn. Der Sohn hat keine eigenen Abkömmlinge. Die Tochter der Eheleute bezieht ALG II und ist im Testament nicht bedacht. Die Tochter hat ebenfalls keine eigenen Abkömmlinge. Eine spezielle Testamentsgestaltung betreffend die finanzielle Situation der Tochter war bei Errichtung des Testaments nicht gewünscht. Der Vater ist nunmehr verstorben und die Familie L fürchtet, dass die Sozialbehörden die Pflichtteilsansprüche der Tochter gem. § 33 SGB II geltend machen könnten.

**II. Fragen**

1. Ist es richtig, dass für den Fall, dass Mutter und Sohn beide in derselben Urkunde die testamentarische Erbschaft gem. § 1948 Abs. 1 BGB ausschlagen, die Mutter, die Tochter und der Sohn alle drei als gesetzliche Erben erben würden?
2. Ist es richtig, dass ein Bezieher von Grundsicherung eine Erbschaft ohne negative Auswirkungen auf den Sozialleistungsbezug ausschlagen kann?
3. Könnten Gründe bestehen, dass eine Ausschlagung der gesetzlichen Erbschaft durch die Tochter und die damit verbundene Anwachsung zugunsten der Mutter und des Sohnes zu einer Kürzung der Sozialleistungen der Tochter führt?

**III. Zur Rechtslage**

1. Nach **§ 1948 Abs. 1 BGB** kann, wer durch Verfügung von Todes wegen als Erbe berufen ist, wenn er ohne die Verfügung als gesetzlicher Erbe berufen sein würde, die Erbschaft als eingesetzter Erbe ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen. Mit der „Verfügung“ des § 1948 Abs. 1 BGB ist hier nicht die letztwillige Verfügung insgesamt, sondern lediglich die konkrete einzelne Anordnung des Erblassers gemeint, welche die Erbeinsetzung des Ausschlagenden zum Gegenstand hat. **Nur derjenige** Erbe kann daher die Erbschaft (oder den Erbteil) als gewillkürter Erbe ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen, **der ohne diese konkrete einzelne Anordnung, aber unter Aufrechterhaltung aller sons-**

**tigen (konkreten) Verfügungen des Erblassers dessen gesetzlicher Erbe wäre** (Ivo, in: NK-BGB, 5. Aufl. 2018, § 1948 Rn. 3; Staudinger/Otte, BGB, 2017, § 1949 Rn. 2). An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn der Erblasser einen Ersatzerben eingesetzt hat (§ 2096 BGB), eine Ersatzerbschaft aufgrund einer gesetzlichen Auslegungsregel zum Zuge kommt (§§ 2069, 2102 Abs. 1 BGB) sowie in den Fällen der Anwachsung (§ 2094 BGB; vgl. BeckOGK-BGB/Heinemann, Std.: 1.7.2019, § 1949 Rn. 20; Palandt/Weidlich, BGB, 78. Aufl. 2019, § 1948 Rn. 2; Ivo, § 1948 Rn. 3). Denn nur in diesen Fällen eröffnet die Ausschlagung des eingesetzten Erben den Weg zur Geltung der gesetzlichen Erbfolge nach dem Erblasser. Um klarzustellen, dass sich die erklärte Ausschlagung **entgegen § 1949 Abs. 2 BGB** nicht auf alle Berufungsgründe erstreckt, ist ein entsprechender Vorbehalt betreffs der gesetzlichen Erbfolge in die Ausschlagungserklärung als gewillkürter Erbe aufzunehmen.

Hier wollen Mutter und Sohn ausschlagen. Abkömmlinge des Sohnes sind nicht vorhanden. Nicht ausgeschlossen erscheint es, dass man in Folge einer freien Testamentsauslegung zu einer Berufung der Tochter als weitere eingesetzte Ersatzerbin gelangen würde, auch wenn hierfür keine gesetzliche Auslegungsvorschrift ins Feld zu führen wäre. Daher dürfte es sich weiterhin empfehlen, dass vorsichtshalber auch die Tochter als eingesetzte Erbin ausschlägt, falls ihr aufgrund Auslegung eine entsprechende Ersatzerbenstellung zukommen sollte. Da auch die Tochter keine Abkömmlinge hat, sind weitere Personen, die weiter hilfsweise als Ersatzerben oder Anwachsungsberechtigte in Betracht kommen könnten, auf den ersten Blick nicht ersichtlich. Letztlich kann das DNotI die hier aufgeworfene Frage der Testamentsauslegung nicht mit letzter Sicherheit beurteilen. Allein aufgrund Testamentslektüre möchten wir aber, wenn auch die Tochter vorsichtshalber eine Berufung aufgrund Testaments ausschlägt, § 1948 Abs. 1 BGB in der Tat für einschlägig halten. Dann wäre der Weg zur gesetzlichen Erbfolge eröffnet. Infolgedessen würde, da der Erblasser und seine Ehefrau im gesetzlichen Güterstand verheiratet waren, die Ehefrau zur Hälfte erben (§§ 1931 Abs. 1, 3, 1371 Abs. 1 BGB) sowie Sohn und Tochter zu jeweils 1/4 (§ 1924 Abs. 1, 4 BGB).

Die spezielle Problematik der Ausschlagung als eingesetzter Erbe und Annahme als gesetzlicher Erbe zwecks Wiedererlangung der Testierfreiheit bei einem bindenden gemeinschaftlichen Testament ist hier nicht aufgeworfen, da der Ehefrau ohnehin ein freies Abänderungsrecht vorbehalten war (Ziff. III 2 der Testamentsurkunde). Auf die insbesondere vom KG (OLGZ 1991, 7 ff.) vertretene „Opfertheorie“, wonach Voraussetzung für die Wiedererlangung der Testierfreiheit sei, dass der angenommene gesetzliche Erbteil erheblich geringer sein müsse als der ausgeschlagene testamentarische, kommt es im vorliegenden Zusammenhang daher nicht an.

2. Die Zulässigkeit der Ausschlagung einer Erbschaft durch einen Sozialleistungsbezieher war bereits unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB längere Zeit in der Judikatur umstritten. Das OLG Stuttgart (NJW 2001, 3484 ff.) hatte angenommen, die Ausschlagung der Erbschaft durch ein behindertes Kind könne nicht vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden, weil sie mit dem sozialhilferechtlichen Nachrangprinzip nicht zu vereinbaren sei. Der Behinderte entziehe durch die Ausschlagung bereits angefallenes Vermögen dem Zugriff des Sozialhilfeträgers und treffe daher eine nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrige Disposition zu Lasten der hilfeleistenden Allgemeinheit. Diesem Ergebnis stehe die Rechtsprechung des BGH zum Behindertentestament deswegen nicht entgegen, weil die Entscheidung über die Ausschlagung nicht Ausfluss der Testierfreiheit sei (in diesem Sinne auch OLG Hamm ZEV 2009, 471).

Dem ist der **BGH** in seinem grundlegenden Urteil vom 19.1.2011 (DNotZ 2011, 381 ff.) entgegengetreten, in dem es primär um den **Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialleistungsbeziehers** ging. Hier wurde die Anwendung von **§ 138 Abs. 1 BGB abgelehnt**. Dabei hat der BGH (DNotZ 2011, 381 Rn. 27 ff.) sich aber zugleich zur **Erbausschlagung** durch einen behinderten Sozialleistungsbezieher in Abgrenzung zu den genannten Urteilen des OLG Stuttgart sowie des OLG Hamm positioniert: Die Wertungen der BGH-Rechtsprechung zum Behindertentestament müssten auch beim erbrechtlich-relevanten Handeln Behinderter selbst zum Tragen kommen. Die Entscheidung darüber, ob sie die Erbschaft bzw. den Pflichtteil erhalten wollen, sei zunächst durch die Privatautonomie gedeckt. Grundsätzlich sei jeder frei in seiner Entscheidung, ob er Erbe eines anderen werden oder auf andere Weise etwas aus dessen Nachlass bekommen wolle. Vor diesem Hintergrund sei der Erbrechtsgarantie in Art. 14 Abs. 1 GG auch ein Gegenstück im Sinne einer „negativen Erbfreiheit“ zu entnehmen. Diese negative Erbfreiheit sei ein notwendiger Ausgleich zum gesetzlich vorgesehen erbrechtlichen Vonselbsterwerb (§§ 1922, 1942 BGB). Diese negative Erbfreiheit gelte unabhängig davon, ob Gläubiger von einem erbrechtlichen Erwerb des Betroffenen profitieren würden. Dabei wies der BGH auch auf § 83 Abs. 1 S. 1 InsO hin. Die Ausführungen des BGH betreffen insoweit lediglich die – von ihm verneinte – Frage der Sittenwidrigkeit einer Erbausschlagung durch einen behinderten Sozialleistungsbezieher. In der Literatur wurde die Entscheidung des BGH teilweise kritisch aufgenommen (vgl. Staudinger/Sack/Fischinger, BGB, 2017, § 138 Rn. 528 f.). Überwiegend ist die Entscheidung – v. a. im notariellen Schrifttum – aber auf Zustimmung gestoßen (vgl. Spall, MittBayNot 2012, 141 ff.; Ivo, DNotZ 2011, 387 ff.; Kleensang, BWNNotZ 2011, 162 ff.; Zimmer, ZEV 2011, 262 f.; Dreher/Görner, NJW 2011, 1761).

Im Anschluss an die genannte BGH-Entscheidung kann daher u. E. grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die Erbausschlagung eines **behinderten Sozialhilfebeziehers** nicht sittenwidrig ist.

Als ungeklärt ist demgegenüber noch die Frage anzusehen, inwieweit die Ausführungen des BGH zu § 138 Abs. 1 BGB auch auf den **nicht behinderten Sozialleistungsbezieher** Anwendung finden. Um eine derartige Konstellation geht es in dem von Ihnen unterbreiteten Sachverhalt. Die allgemeine Argumentation des BGH mit der sog. negativen Erbfreiheit des Bedachten spricht u. E. aber eher dafür, dass der BGH auch insoweit eine Erbausschlagung als wirksam ansehen würde.

In der Literatur wird die Frage der Übertragbarkeit auf den nicht behinderten Sozialleistungsbezieher bejaht, z. B. von *Ivo* (DNotZ 2011, 381, 389), *Dreher/Görner* (NJW 2011, 1761, 1766) und *Kleensang* (ZErb 2011, 121, 124).

Nach unserer Einschätzung dürfte sich die Zulässigkeit einer Erbausschlagung (wie auch etwa eines Pflichtteilsverzichts oder eines Zuwendungsverzichts) eines nicht behinderten Sozialleistungsbeziehers – insbesondere auch in dem hier vorliegenden Fall des Bezuges von ALG II-Leistungen – stets nach sämtlichen Umständen des Einzelfalls beurteilen. So ist es zwar durchaus zutreffend, dass sich die Argumente des BGH für die Rechtswirksamkeit von Behindertentestamenten und Pflichtteilsverzichteten Behinderter nicht ohne Weiteres auf die Bedürftigenkonstellation übertragen lassen. Das vom BGH hervorgehobene Prinzip des Familienlastenausgleichs greift hier nicht in gleicher Weise, weil volljährige Erwerbsfähige anders als Behinderte typischerweise nicht der Fürsorge ihrer Familienangehörigen bedürften. Zudem werden Behinderte im Sozialrecht in vielfältiger Weise gegenüber anderen Hilfebeziehern, insbes. erwerbsfähigen Arbeitslosen, privilegiert (vgl. v. Proff,

RNotZ 2012, 272, 280). Andererseits steht die vom BGH anerkannte „negative Erbfreiheit“ auch den bedürftigen Erben zu (vgl. v. Proff, RNotZ 2012, 272, 280; für die Zulässigkeit auch MünchKommBGB/Wegerhoff, 7. Aufl. 2017, § 2346 Rn. 5a a. E.).

Nach dem gegenwärtigen Stand von Rechtsprechung und Literatur **möchten wir deswegen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass die Erbausschlagung durch die Tochter, die ALG II bezieht, in der gegebenen Situation nicht sittenwidrig wäre.** Das Ausschlagungsrecht kann nach der genannten Entscheidung des BGH auch nicht auf den Sozialleistungsträger übergeleitet werden. Rechtssicher durch obergerichtliche Judikatur entschieden ist die Konstellation für den nichtbehinderten Sozialleistungsbezieher freilich noch nicht.

Bei einer wirksamen Erbausschlagung durch die Tochter wäre aber auch davon auszugehen, dass **kein Pflichtteilsanspruch der Tochter besteht, der nach § 33 Abs. 1 SGB II übergehen könnte.** Denn das Sozialrecht knüpft hier an das grundsätzlich vorgreifliche bürgerliche Recht an. Hiernach hat aber derjenige, der sich selbst aus freien Stücken durch Ausschlagung als gesetzlicher Erbe um die Beteiligung an der Erbschaft bringt, keinen Pflichtteilsanspruch.. Denn er ist nicht „durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen“, wie § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB verlangt. Die Ausnahmen von diesem Grundsatz des Entfallens der Pflichtteilsberechtigung bei Ausschlagung des Zugewendeten in §§ 1371 Abs. 3, 2306, 2307 BGB sind hier nicht einschlägig (vgl. BeckOGK-BGB/Obergfell, Std.: 15.6.2019, § 2303 Rn. 35; Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2303 BGB Rn. 28). Lediglich bei einem nach bürgerlichen Recht *bestehenden* Pflichtteilsanspruch würden die Einschränkungen seiner Pfändbarkeit nach § 852 Abs. 1 ZPO den Anspruchsübergang nicht hindern (§ 33 Abs. 1 S. 3 SGB II). Dieser Übergang des Pflichtteilsanspruches träte mithin ein, wenn es nicht zu den Ausschlagungen nach Maßgabe des § 1948 Abs. 1 BGB käme und daher bei der testamentarischen Enterbung der Tochter mit der Folge ihrer Pflichtteilsberechtigung nach § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB bliebe.

3. Ist also zumindest mit Wahrscheinlichkeit von einer Wirksamkeit der Erbausschlagung durch die Tochter auszugehen, so ist hiervon die weitere Frage zu trennen, ob selbst eine wirksame Ausschlagung der Erbschaft zu einer Kürzung der Sozialleistungen an die Tochter führen könnte. Der BGH (DNotZ 2011, 381 Rn. 31) hat im Zusammenhang mit seiner Ablehnung von § 138 Abs. 1 BGB insoweit allgemein ausgeführt: Der Verzicht einer Erwerbsquelle ändere nichts an der Verpflichtung, vorhandenes Vermögen und vorhandene Einkünfte einzusetzen. Die pflichtwidrige Herbeiführung der eigenen Bedürftigkeit könne innerhalb des sozialrechtlichen Regelungssystems mit Leistungskürzungen sanktioniert werden (vgl. § 26 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB XII). Für das Hineinwirken eines solchen öffentlich-rechtlichen Regelungsprinzips in die Zivilrechtsordnung über § 138 Abs. 1 BGB, um Behinderten die erbrechtlichen Instrumente zu beschneiden, fehle dagegen eine tragfähige Grundlage.

Diesen Ausführungen lässt sich entnehmen, dass **aus der Sicht des BGH trotz Ablehnung eines zivilrechtlichen Sittenwidrigkeitsurteils sozialrechtliche Sanktionen nicht ausgeschlossen sind** und nach den eigenen Voraussetzungen des Sozialrechts unabhängig von der Ablehnung des § 138 Abs. 1 BGB beurteilt werden müssen. Höchstrichterliche Rechtsprechung der Sozialgerichte hierzu ist uns nicht bekannt, sodass die Rechtslage noch unsicher ist (hierzu G. Müller, in: Schlitt/Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2017, § 10 Rn. 66 ff.). Das SG Karlsruhe (BeckRS 2015, 73070) hat sich lediglich mit der Pflicht zur Tragung der Bestattungskosten durch einen Sozialhilfeempfänger

nach Erbausschlagung befasst. Nur als persönliche tendenzielle Einschätzung führen wir daher noch Folgendes aus:

Nach **§ 31 Abs. 2 Nr. 1 SGB II** ist es als eine Pflichtverletzung von erwerbsfähigen Leistungsberechtigten anzusehen, wenn sie nach Vollendung des 18. Lebensjahres ihr Einkommen oder Vermögen mit der Absicht vermindert haben, die Voraussetzungen für die Gewährung oder Erhöhung des ALG II herbeizuführen. Die Minderungen an Wirtschaftskraft müssen also ursächlich auf ein Verhalten des volljährigen erwerbsfähigen Leistungsberechtigten während seiner Volljährigkeit zurückzuführen sein (hierzu BeckOK-Sozialrecht/Burkiczak, Std.: 1.6.2019, § 31 SGB II Rn. 26; vgl. auch Gagel/Lauterbach, SGB II, Std.: Juni 2019, § 31 Rn. 63). Die von § 31 Abs. 2 Nr. 1 SGB II geforderte Absicht ist jedenfalls bei direktem Vorsatz gegeben. Noch strenger hat einmal das SG Schleswig-Holstein (FEVS 57, 280, 281) vertreten, es genüge, dass der Leistungsberechtigte nach einer Wertung in der Laiensphäre hätte wissen müssen, dass er das vorhandene Einkommen oder Vermögen zur Deckung des Lebensunterhaltes einsetzen musste. Grundsätzlich kann der Sanktionstatbestand auch durch Verzicht auf Ansprüche erfüllt werden (Gagel/Lauterbach, § 31 Rn. 63). **Es liegt deshalb nahe, dass auch eine Erbausschlagung grundsätzlich eine Pflichtverletzung i. S. v. § 31 Abs. 2 Nr. 1 SGB II darstellen kann.** Ausgeschlossen sein soll das geforderte absichtliche Verhalten, wenn es „auf einleuchtenden Gründen familiärer, persönlicher oder wirtschaftlicher Art“ beruht (OVG Rheinland-Pfalz, FEVS 18, (1971) 232, 237 zu § 25 Abs. 2 Nr. 1 BSHG; zustimmend referiert bei BeckOK-Sozialrecht/Burkiczak, § 31 SGB II Rn. 28). Es ist eine Frage des Einzelfalles, ob sich demgegenüber die von der Rechtsprechung anerkannten „einleuchtenden Gründe“ noch darstellen lassen oder nicht. Zumindest wird damit die Ausschlagung durch andere als sozialrechtliche Gründe gerechtfertigt werden müssen.

Wird eine Pflichtverletzung nach § 31 Abs. 2 Nr. 1 SGB II angenommen, so bestünde die Folge in **Leistungskürzungen** nach näherer Maßgabe der **§§ 31a, 31b SGB II**.

Darüber hinaus könnte auf den ersten Blick auch eine **Schadensersatzpflicht** nach § 34 Abs. 1 SGB XII in Betracht kommen. Voraussetzung dafür ist, dass die Tochter keinen „wichtigen Grund“ für die Erbausschlagung geltend machen kann. Dann ist aber nicht nur die erstmalige Herbeiführung der Hilfsbedürftigkeit nach Maßgabe des § 34 Abs. 1 S. 1 SGB II mit einer Schadensersatzpflicht sanktioniert, sondern auch das **Nicht-Verringern der Hilfebedürftigkeit nach § 34 Abs. 1 S. 2 SGB II**. Um diese letztere Konstellation könnte es hier gehen. Da das DNotI über keine besondere Expertise im Sozialrecht verfügt, fügen wir zur Vertiefung dieser Frage lediglich noch Kommentarliteratur bei.