



Behindertentestamente – neu justierter sozialrechtlicher Hintergrund – Auswirkungen des Bundesteilhabegesetzes (BTHG) auf die Testamentsgestaltung¹

Dr. Hans Hammann

Behindertentestamente sind ein Musterbeispiel komplexer Testamentsgestaltungen. Sie lassen sich mit einem vielarmigen Mobile vergleichen, bei dessen Erstellung die Aufgabe darin besteht, ein ausgewogenes Gleichgewicht herzustellen. Für den Testamentsgestalter heißt das, die gesamte Klaviatur des Testamentsgestaltungsrechts einschließlich der Wechselwirkungen und Überlagerungen² bis in die Verästelungen hinein zu kennen und – angesichts der Rechtsprechung insbesondere des BGH und der Sozialgerichte – die Auswirkungen der unterschiedlichen Gestaltungsvarianten nach dem Erbfall abschätzen zu können. Grund für die hohen gestalterischen Anforderungen und gleichzeitig Maßstab für die Frage nach Wohl oder Wehe des konkreten Testaments sind die zwingend zu beachtenden sozialrechtlichen Vorschriften insbesondere des SGB XII und – seit dem 1.1.2020 – des SGB IX. Diesen Rahmen allerdings hat der Gesetzgeber mit dem Bundesteilhabegesetz tiefgreifend geändert, konkret durch einen Wechsel weg vom bisherigen System der sog. Komplexleistungen hin zur Differenzierung zwischen existenzsichernden Leistungen (nach dem SGB XII) und Fachleistungen (nach dem SGB IX). Wie gravierend dieser Systemwechsel ist und welche Folgen er auf Behindertentestamente hat, erläutert der Beitrag.



Der Autor ist Fachanwalt für Erbrecht und Wirtschaftsmediator in Reutlingen.

I. Einführung: Zielsetzung und Instrumentarium von Behindertentestamenten

1. Zielsetzung

Unter „Behindertentestamenten“ versteht man Einzeltestamente, gemeinschaftliche Testamente oder Erbverträge zugunsten von Menschen mit Behinderung. Typischerweise werden sie von den Eltern eines behinderten Kindes errichtet. Teilweise stammen sie aber auch von seinen Geschwistern, Onkeln und Tanten oder den Großeltern.

Im Kern geht es bei Behindertentestamenten darum, das behinderte Kind für die Zeit nach dem Ableben seiner Eltern bestmöglich abzusichern und seine Lebensqualität zu verbessern.³ Denkbar sind zB zusätzliche medizinische Maßnahmen, Therapien oder Hilfsmittel, ergänzende Freizeitangebote, zusätzlich finanzierte Assistenz- oder Betreuungsleistungen etc. Um die individuellen Lebensbedingungen des behinderten Kindes verbessern zu können, ist es erforderlich, dass die jährlichen Erträge⁴ – und angesichts der seit Jahren andauern-

den Nullzinsphase über die nahezu einhellig anders lautenden Empfehlungen hinaus auch die Nachlasssubstanz⁵ – genutzt

- 1 Der Aufsatz geht auf den Buchbeitrag des Autors „Der nicht zureichend bedachte, der belastete und der mit einem Vermächtnis bedachte Pflichtteilsberechtigte, §§ 2305 ff. BGB“ in Krug/Horn (Hrsg.), Pflichtteilsprozess, 3. Aufl. 2022 zurück. Dort behandelt der Autor im Rahmen eines Exkurses „Behindertentestamente im Spiegel der §§ 2305 ff. BGB“ und hier insbesondere den sozialrechtlichen Hintergrund dieser Testamente.
- 2 Das Problem der Wechselwirkung und Überlagerung wird zum Beispiel im Editorial ZErB, Heft April 2021, unberücksichtigt gelassen. Der Beitrag beschäftigt sich (isoliert) mit Fragen der Vor- und Nacherbschaft bei Behindertentestamenten und empfiehlt – vollkommen zu Recht – die Abkehr vom Dogma der strikten Anordnung nicht befreiter Vorerbschaft. Außen vor bleibt allerdings das Zusammenspiel mit den Anordnungen zur Testamentsvollstreckung. Anders formuliert setzt das Editorial voraus, dass ein Behindertentestament entweder keinerlei Testamentsvollstreckung vorsieht oder aber, dass die entsprechenden Anordnungen nichtig sind. Ist in einem Behindertentestament aber wie üblich wirksam (Dauer-)Testamentsvollstreckung angeordnet, hat der Sozialhilfe- oder Eingliederungshilfeträger selbst dann keine – von der ZErB und von anderen Autoren als Gefahr gesehene – Zugriffsmöglichkeit auf das Erbe, wenn der Vorerbe vom Verbot der eigennützigen Verwendung (vgl. § 2134 BGB) befreit ist. Selbst wenn das behinderte Kind als Vollerbe (und folglich ohne die Anordnung von befreiter oder nichtbefreiter Vorerbschaft) eingesetzt ist und es ausschließlich mit Testamentsvollstreckung belastet wird, ist das Vermögen zu Lebzeiten des behinderten Kindes geschützt, vgl. BGH Urt. v. 20.10.1993 – IV ZR 231-92, NJW 1994, 248 (249): „Dieses Ziel, die Lebensbedingungen der Behinderten über die von der Sozialhilfe gewährleistete Versorgung hinaus durch zusätzliche Annehmlichkeiten und Vorteile zu verbessern, wäre indessen schon allein durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung bezüglich des Erbteils der Tochter zu erreichen gewesen. Damit war gem. § 2214 BGB ein Zugriff des Klägers als Eigengläubigers der Erbin auf die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers

werden können, ohne dass dies umgekehrt zur Nichtgewährung beantragter oder zur Einstellung bereits gewährter Sozialhilfe- oder Eingliederungshilfeleistungen bzw. ihrer Umstellung auf Darlehensbasis führt.⁶

Gleichzeitig spielt bei Behindertentestamente die Absicherung des länger lebenden Ehegatten⁷ und die Erhaltung des Vermögens in der Familie eine Rolle. Über das Behindertentestament soll auch und insbesondere erreicht werden, dass der bei dem Ableben des behinderten Kindes noch vorhandene Nachlassüberrest weiter innerhalb der Familie vererbt werden kann und nicht nach § 102 SGB XII⁸ dem Sozialhilfeträger als Haftungsmasse zur Verfügung steht.⁹

Zusammengefasst dienen Behindertentestamente typischerweise

- dem Schutz, der Absicherung und der Förderung des behinderten Kindes als tragendes Motiv,
- dem Schutz des Erbes vor dem für das behinderte Kind gegebenenfalls zuständigen Sozialhilfeträger sowie – seit dem 1.1.2020 – dem Eingliederungsträger als Reflex bzw. als notwendige Voraussetzung für den ersten Punkt,
- dem Erhalt des Vermögens in der Familie und schließlich, wie andere Verfügungen von Todes wegen auch,
- dem Schutz und der Absicherung des länger lebenden Ehegatten und der weiteren Kinder.

2. Instrumentarium

In Bezug auf das behinderte Kind zeichnen Behindertentestamente sich typischerweise dadurch aus, dass

- dem behinderten Kind ein *über seinem Pflichtteil liegender Erbteil* (sogenannte Erbschaftslösung) oder – in der Praxis seltener – ein *entsprechendes Vermächtnis* (sogenannte Vermächtnislösung) zugewandt wird,¹⁰
- in Bezug auf den Erbteil für das behinderte Kind *Vor- und Nacherbschaft*¹¹ bzw. in Bezug auf das Vermächtnis *Vor- und Nachvermächtnis* angeordnet wird,
- das behinderte Kind durch die Anordnung von (*Dauer-)/Testamentsvollstreckung* bis zu seinem Lebensende beschränkt wird,
- der Testamentsvollstrecker zugleich als *Nacherbenvollstrecker* (§ 2222 BGB) eingesetzt wird¹² und
- dem Testamentsvollstrecker konkrete *Verwaltungsanweisungen* erteilt werden, welche Leistungen er zur Verbesserung des Lebensstandards des behinderten Kindes zu erbringen und was er zu unterlassen hat.¹³

Die Notwendigkeit und der Sinn dieser für den Gestalter höchst anspruchsvollen Testamente erschließt sich vor dem Hintergrund der Kosten für einen vollstationären Platz in einer Einrichtung für behinderte Menschen,¹⁴ der Übernahme dieser Kosten durch den zuständigen Sozialhilfeträger und – seit dem 1.1.2020 – dem zuständigen Eingliederungshilfeträger sowie schließlich dem im Sozialrecht geltenden Subsidiaritätsprinzip/Nachranggrundsatz (vgl. §§ 2, 90 Abs. 1 SGB XII).

II. Sozialrechtlicher Hintergrund von Behindertentestamente

1. Kosten einer vollstationären Heimunterbringung

Entsprechend einer nicht repräsentativen Umfrage bei verschiedenen Heimträgern in Baden-Württemberg betragen die

unterliegenden Nachlassgegenstände ausgeschlossen.“) im Anschluss an BGH Ur. v. 21.3.1990 – IV ZR 169/89, NJW 1990, 2055. Ebenso auch OVG Saarland Ur. v. 17.3.2006 – 3 R 2/05, ZErB 2006, 275.

- 3 Tragendes Motiv für ein Behindertentestament ist die Verbesserung der Lebensqualität des behinderten Kindes. Der Schutz vor dem Zugriff des Staates ist dagegen Reflex bzw. notwendige Voraussetzung hierfür; so vollkommen zu Recht BGH Beschl. v. 24.7.2019 – XII ZB 560/18, ZEV 2020, 41 (44) mAnm *Zimmer* im Anschluss an OLG Köln Ur. v. 9.12.2009 – 2 U 46/09, ZEV 2010, 195 mAnm *Bengel/Spall*.
- 4 Vgl. BGH Beschl. v. 24.7.2019 – XII ZB 560/18, ZEV 2020, 41.
- 5 Zu den gestalterischen Möglichkeiten, auf die Nachlasssubstanz zurückgreifen zu können, vgl. *Spall* ZEV 2017, 26.
- 6 Zur sittlichen Anerkennung dieser Testamente vgl. BGH Beschl. v. 24.7.2019 – XII ZB 560/18, ZEV 2020, 41; Beschl. v. 10.5.2017 – XII ZB 614/16, ZEV 2017, 407 Rn. 12; Beschl. v. 1.2.2017 – XII ZB 299/15, ZEV 2017, 267 Rn. 15; ZEV 2013, 337 Rn. 20; BGH Ur. v. 19.1.2011 – IV ZR 7/10, BGHZ 188, 96 = ZEV 2011, 258 Rn. 12 mwN mAnm *Zimmer*.
- 7 Im Rahmen von gemeinschaftlichen Testamenten wird trotz allem Absicherungsbedürfnis für das behinderte Kind die Absicherung des länger lebenden Elternteils in aller Regel vorgehen. Vgl. hierzu als anschaulicher Beleg aus der Rechtsprechung BGH Ur. v. 19.1.2011 – IV ZR 7/10, ZEV 2011, 258 = ZErB 2011, 117. Hier hatte der erstversterbende Ehegatte den länger Lebenden als seinen Alleinerben eingesetzt. Zudem hatten die drei gemeinsamen Kinder – darunter die (lern-)behinderte geschäftsfähige Tochter – im Interesse des länger lebenden Elternteils auf ihren Pflichtteil gemäß § 2346 Abs. 1 BGB verzichtet. Vgl. weiter *Wendt* ErbR 2012, 66 (69), im Anschluss an *Hammann*, Gestaltungsoptionen bei Behindertentestamenten, Vortrag auf dem 8. Stuttgarter Erbrechtstag, 2011.
- 8 Ehemals § 92 c BSHG.
- 9 Vgl. zu diesem Motiv BGH Beschl. v. 24.7.2019 – XII ZB 560/18, ZEV 2020, 41; Ur. v. 19.1.2011 – IV ZR 7/10, ZEV 2011, 258.
- 10 Entgegen der absolut herrschenden Auffassung in der Literatur empfiehlt sich bei Ehegattentestamenten regelmäßig, auf den ersten Erbfall die Vermächtnislösung und auf den zweiten Erbfall die Erbschaftslösung zu wählen; vgl. *Wendt* ErbR 2012, 66 (69), im Anschluss an *Hammann*, Gestaltungsoptionen bei Behindertentestamenten, Vortrag auf dem 8. Stuttgarter Erbrechtstag, 2011.
- 11 Ob das behinderte Kind als Vollerbe, als befreiter Vorerbe oder als nicht befreiter Vorerbe eingesetzt wird, spielt für den Schutz des geerbten Vermögens zu Lebzeiten des behinderten Kindes keine Rolle, wenn das Behindertentestament die Anordnung von Dauertestamentsvollstreckung vorsieht. Nichtsdestotrotz empfiehlt die absolut überwiegende Meinung in der Literatur bis heute die Anordnung nicht befreiter Vorerbschaft, so etwa auch *Spall* ZEV 2017, 26 (28). Letzten Endes kommt es allerdings auf die Anordnung von Testamentsvollstreckung an. Lediglich wenn ein Testament keine Testamentsvollstreckung vorsehen sollte oder sich die Anordnungen als unwirksam erweisen sollten, würde die Belastung des behinderten Erben mit Nacherbschaft zu einem Mehr an Sicherheit für das behinderte Kind führen. Ansonsten reduziert sich die Funktion von Vor- und Nacherbschaft auf den Erhalt des Erbes für den Nacherben.
- 12 Speziell die Einsetzung als Nacherbenvollstrecker nach § 2222 BGB fehlt immer wieder in Behindertentestamenten. Ist aber das behinderte Kind entsprechend der überwiegenden Empfehlung in der Literatur als nicht befreiter Vorerbe eingesetzt, sind seine (in der Regel nicht vorhandenen) Abkömmlinge als Nacherben bestimmt und nimmt der Testamentsvollstrecker nicht zugleich die Rechte und Pflichten der Nacherben wahr (weil die entsprechende Anordnung fehlt), kann er zum Beispiel für den Verkauf einer von ihm verwalteten Immobilie nicht die nach § 2113 Abs. 1 BGB erforderliche Nacherbengenehmigung erteilen. Erforderlich ist dann (1.) die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers, (2.) dessen keinesfalls sichere Zustimmung zu dem Kaufvertrag sowie (3.) schließlich die ebenfalls keineswegs sichere Genehmigung durch das Betreuungsgericht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Die Folge ist ein langwieriges, zum Teil erhebliche Kosten auslösendes und vor allem vom Ergebnis her ungewisses Verfahren. Das gilt umso mehr als ggfs. auch die Zustimmung der Ersatznacherben erforderlich sein kann, vgl. OLG Düsseldorf Beschl. v. 7.4.2020 – I-3 Wx 230/19, BeckRS 2020, 11736 mkritAnm *Weidlich* ZEV 2020, 550. Die Entscheidung betraf die Freigabe eines Grundstücks

monatlichen Kosten einer vollstationären Unterbringung durchschnittlich 2.500 EUR bis 3.500 EUR¹⁵ und können sich je nach Art und Grad der Behinderung auch auf ein Vielfaches hiervon belaufen.¹⁶ Solange das Kind bei seinen Eltern wohnt und von ihnen umfassend versorgt und betreut wird, spielen diese Kosten zwar noch keine Rolle. Spätestens aber mit dem Ableben der Eltern stellt sich das Problem, dass der dann selbst oft schon ältere behinderte Mensch in eine Einrichtung ziehen muss – mit der genannten Kostenfolge. Von daher stellen Heimkosten eine Art Damoklesschwert dar, bei dem es weniger um die Frage des „Ob“, als vielmehr um die des „Wann“ geht.

2. Kostenübernahme durch Sozialhilfe- und durch Eingliederungshilfeträger

a) Rechtslage bis zum 1.1.2020

Bis zum 31.12.2019 übernahm einheitlich und ausschließlich der für das behinderte Kind zuständige Sozialhilfeträger sämtliche im Zusammenhang mit dem Heimaufenthalt anfallenden Kosten im Wege der Eingliederungshilfe. Rechtsgrundlage waren §§ 53–60a SGB XII (Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch – Sozialhilfe). Diese Vorschriften waren mit Wirkung vom 1.1.2005 an die Stelle des von 1962 bis 2005 geltenden BSHG (Bundessozialhilfegesetz) getreten. Man sprach vom sog. System der Komplexleistungen, bei dem nicht zwischen existenzsichernden Leistungen unabhängig von der Behinderung einerseits und Fachleistungen aufgrund der spezifischen Behinderung andererseits differenziert wurde. Zuständig für Eingliederungshilfe als besondere Form der Sozialhilfe war der Sozialhilfeträger.

b) Rechtslage seit dem 1.1.2020

Zum 1.1.2020 ist die Eingliederungshilfe durch das Bundesteilhabegesetz (BTHG) vom 23.12.2016¹⁷ aus dem Fürsorgesystem der Sozialhilfe und damit aus dem SGB XII herausgelöst und in Teil 2 des SGB IX (Sozialgesetzbuch Neuntes Buch – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen) überführt worden, dort §§ 90 ff. SGB IX. Die Änderung erfolgte mit dem Ziel, die Lebenssituation von Menschen mit Behinderung zu verbessern.

Aufgegeben wurde ua das System der Komplexleistungen. Nunmehr werden die Kosten für den notwendigen Lebensunterhalt (sog. existenzsichernde Leistungen) von den Kosten für die Maßnahmen der Eingliederungshilfe (sog. Fachleistungen) strikt getrennt. Die existenzsichernden Leistungen werden durch den Sozialhilfeträger nach dem SGB XII vor allem im Wege der Grundsicherung¹⁸ übernommen und die Fachleistungen durch den Eingliederungshilfeträger im Wege der Eingliederungshilfe nach dem SGB IX.¹⁹ Weitere grundlegende Neuerungen im SGB IX betreffen den Einkommensbegriff, die Anrechnung von Einkommen und die Berücksichtigung von Schonvermögen. Keine Änderungen dagegen hat es bei dem sozialrechtlichen Subsidiaritätsprinzip als solchem gegeben; es gilt uneingeschränkt weiter fort.

Die Kosten einer vollstationären Einrichtung (= Besondere Wohnform) werden jetzt zum überwiegenden Teil von dem Eingliederungshilfeträger im Wege der *Eingliederungshilfe nach §§ 90 ff. SGB IX* und im Übrigen von dem Sozialhilfeträ-

ger im Wege der *Grundsicherung nach §§ 41 ff. SGB XII*.²⁰ übernommen. Beide Hilfen zusammen führen zu einer vollständigen finanziellen Entlastung des behinderten Kindes. Daneben können Ansprüche auf ergänzende Hilfe zum Lebensunterhalt (§§ 27 ff. SGB XII) und auf Hilfe zur Pflege nach §§ 61 ff. SGB XII bestehen.

Leistungs- bzw. Hilfeempfänger ist in allen Fällen ausschließlich das behinderte Kind, nicht aber seine Eltern, was wiederum im Hinblick auf § 2214 BGB wichtig ist.²¹ Für Leistungen nach dem SGB XII können Eltern volljähriger behinderter Kinder nach § 94 Abs. 2 SGB XII zwar iHv 31 EUR monatlich herangezogen werden. Hiervon sind sie nach § 94 Abs. 1a) SGB XII allerdings befreit, sofern ihr Jahreseinkommen unter 100.000 EUR liegt, was nach § 94 Abs. 1a) S. 3 SGB XII wiederum zu ihren Gunsten vermutet wird.

Im Bereich des SGB IX, dh für die Eingliederungshilfe, enthielt § 138 Abs. 4 SGB IX eine entsprechende Regelung über 32,08 EUR. § 138 Abs. 4 SGB IX ist allerdings durch das Angehörigen-Entlastungsgesetz vom 10.12.2019 zum 1.1.2020 hin aufgehoben worden.²²

aus der Nacherbenbindung, das den alleinigen nacherbengebundenen Nachlassgegenstand ausmache.

- 13 Enthält ein Behindertentestament keine Verwaltungsanordnungen, wird das zwar zu einer erheblichen Unsicherheit für den Testamentsvollstrecker führen, was er tun darf, soll und muss. Das Testament wird dadurch aber nicht automatisch sittenwidrig, vgl. BGH Beschl. v. 24.7.2019 – XII ZB 560/18, ZEV 2020, 41 = ErbR 2020, 238 (241) mzustAnm *Wendt* sowie *Zimmer* ZEV 2020, 43.
- 14 Ab dem 1.1.2020 werden die Leistungen der Eingliederungshilfe nach SGB XII Teil 2 (§§ 90 ff. SGB IX; bisher in §§ 53-60 SGB XII, Sechstes Kapitel, geregelt) nicht mehr abhängig von der Wohnform (ambulant, teilstationär oder vollstationär) erbracht, sondern personenzentriert. Diese Änderung hat sprachlich zur Folge, dass der Begriff „Einrichtung“ im neuen Leistungsrecht der Eingliederungshilfe (SGB IX Teil 2) nicht mehr verwendet wird. Vielmehr werden sowohl (teil-) stationäre Einrichtungen als auch ambulante Dienste als „Leistungserbringer“ und die bisherigen „stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe“ als „besondere Wohnformen“ bezeichnet.“.
- 15 Vgl. auch die dem BGH Ur. v. 19.1.2011 – IV ZR 7/10, ZEV 2011, 258 mAnm *Zimmer* = ZErB 2011, 117 = FamRZ 2011, 472 zugrunde liegende Entscheidung OLG Köln Ur. v. 9.12.2009 – 2 U 46/09, ZEV 2010, 85. Dort betrugen die monatlichen Kosten 3.000 EUR. Ähnlich OLG Stuttgart Beschl. v. 25.6.2001 – 8 W 494/99, ZEV 2002, 367 (monatliche Kosten in Höhe von ca. 6.500 DM) mAnm *J. Mayer*.
- 16 Vgl. etwa LG Neuruppin Beschl. v. 28.6.2017 – 5 T 21/17, ZErB 2018, 157 (monatliche Kosten in Höhe von 7.465,20 EUR).
- 17 Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz – BTHG) vom 23.12.2016 (BGBl. 2016 I, 3234).
- 18 Menschen mit Behinderung, die zwanzig Jahre in einer Werkstatt für Menschen mit Behinderung gearbeitet haben, haben nach § 43 Abs. 6 SGB VI Anspruch auf Erwerbsminderungsrente. Diese Rente stellt Einkommen iSd SGB XII dar und kann deshalb – je nach Höhe – ganz oder teilweise den Anspruch auf Grundsicherung nach §§ 41 ff. SGB XII entfallen lassen. Grundsicherung wird dann ggfs. noch als Aufstockung geleistet.
- 19 Vgl. *Doering-Striening* ZErB 2017, 95 (106).
- 20 Zum Einfluss von Erwerbsminderungsrente nach § 43 Abs. 6 SGB VI auf Grundsicherung s. o. Fn. 20.
- 21 Nach § 2214 BGB haben die Gläubiger des Erben (zu lesen als: der Sozialhilfeträger bzw. Eingliederungshilfeträger in Bezug auf das behinderte Kind) keinen Zugriff auf die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstände, es sei denn, sie wären gleichzeitig Gläubiger des Erblassers. Das würde allerdings voraussetzen, dass auch die Eltern Hilfeempfänger wären – was gerade nicht der Fall ist.
- 22 Gesetz zur Entlastung unterhaltsverpflichteter Angehöriger in der Sozialhilfe und in der Eingliederungshilfe (Angehörigen-Entlastungsgesetz) vom 10.12.2019 (BGBl. 2019 I, 2135), in Kraft getreten am 1.1.2020.

Die Hilfe selbst erfolgt grundsätzlich nicht als Darlehen; der Sozialhilfe- und der Eingliederungshilfeträger werden dementsprechend nicht zum klassischen Gläubiger des Hilfeempfängers.

3. Folgen des sozialrechtlichen Subsidiaritätsprinzips

a) Pflicht zum Einsatz von Einkommen und Vermögen

Aufgrund des sozialrechtlichen Subsidiaritätsprinzips erhält keine Sozial- oder Eingliederungshilfe, wer sich durch den Einsatz eigener Einkünfte und eigenen Vermögens selbst helfen kann.²³ Daher hat ein behindertes Kind etwa im Bereich des *SGB XII* einzusetzen

- vom Grundsatz her sein gesamtes Einkommen²⁴ sowie
- sein gesamtes Vermögen, soweit es nicht unter das Schonvermögen nach § 90 Abs. 2 *SGB XII* fällt und soweit der Einsatz des Vermögens nicht zu einer Härte nach § 90 Abs. 3 *SGB XII* führt.

Im Bereich des *SGB IX* sind ebenfalls das Einkommen und das Vermögen zu berücksichtigen, allerdings mit vollkommen anderen Regelungen im Detail.²⁵ Beispielsweise beträgt der dem Leistungsbezieher im Bereich der Grundsicherung nach § 90 Abs. 2 Nr. 9 *SGB XII* zugestandene „*kleinere Barbetrag*“ 5.000 EUR.²⁶ Im Bereich des *SGB IX* liegt er im Jahr 2021 bei 59.220 EUR.²⁷ Die höhere Grenze hilft allerdings nichts, wenn und nachdem zur Finanzierung eines Heimaufenthalts gleichzeitig Grundsicherung²⁸ und Eingliederungshilfe bezogen werden.²⁹ Dann greift faktisch die geringere Schonvermögensgrenze von 5.000 EUR für beide Hilfeformen.³⁰ Rechtlich bleibt es zwar bei dem höheren Schonvermögen für die Gewährung von Eingliederungshilfe. Wenn aber Grundsicherung als eine von zwei wichtigen Finanzierungssäulen wegbriecht, hilft es dem behinderten Leistungsbezieher nur begrenzt, dass er nach wie vor Eingliederungshilfe erhält. Dieses Problem hat sich seit dem 1.1.2020 noch verschärft. Denn bis dahin wurden die Kosten der Einrichtung komplett über Eingliederungshilfe getragen. Mittlerweile werden sie aber zu einem durchaus namhaften Teil über Grundsicherung finanziert.³¹

b) Sozialrechtliche Folgen bei einzusetzendem Einkommen und Vermögen

In Relation zu den Heimkosten verfügt ein behindertes Kind selbst dann nicht über nennenswertes Einkommen oder Vermögen, wenn es in einer Werkstatt für behinderte Menschen (WfbM) tätig ist.³² Entsprechend kann der sozialrechtliche Nachranggrundsatz regelmäßig erst dann in größerem Umfang greifen, wenn das behinderte Kind auf andere Art und Weise zu Vermögen kommt, insbesondere wenn

- es den Vater oder die Mutter beerbt,
- es mit einem Vermächtnis bedacht ist,
- ihm Pflichtteilsansprüche (§ 2303 BGB), Pflichtteilsrestansprüche (§ 2305 BGB oder § 2307 BGB) oder Pflichtteilsergänzungsansprüche (§ 2325) zustehen oder
- es zB Gelder aus einer Lebensversicherung erhält.³³

Dann wird der zuständige Sozialträger seine Leistungen entweder einstellen oder auf Darlehensbasis umstellen (§ 91 *SGB XII*³⁴ bzw. § 140 Abs. 2 *SGB IX*). Infolgedessen wird das

behinderte Kind zum „*Selbstzahler*“ und muss auf sein Erbe zurückgreifen, um die monatlichen Kosten zu finanzieren. Dadurch aber schmelzen auch größere Erbschaften innerhalb weniger Jahre zusammen, ohne dass die Lebensqualität des behinderten Kindes gemessen am Sozialhilfeniveau dauerhaft und nachhaltig verbessert werden kann.

Stehen dem behinderten Kind Ansprüche zu, kann und muss der Sozialhilfe- sowie der Eingliederungshilfeträger diese Ansprüche auf sich überleiten und geltend machen. Speziell für entstandene Pflichtteilsansprüche³⁵ gilt das, ohne dass es insoweit auf eine Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten selbst oder seines Betreuers ankäme. Dem BGH zufolge greift § 93 *SGB XII* selbst dann, wenn die in § 852 Abs. 1 ZPO normierten Voraussetzungen, wonach der Pflichtteilsanspruch einer Pfändung nur dann unterworfen ist, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist, nicht vorliegen. Denn § 93 Abs. 1 *SGB XII* stellt eine spezialgesetzliche Sonderregelung dar, mit der der Gesetzgeber den Sozialhilfe-

23 Eine Ausnahme für die Abhängigkeit der Gewährung vom Einkommen und Vermögen des behinderten Leistungsempfängers gilt beispielsweise für die Übernahme der Kosten der Förderstätte für behinderte Menschen nach §§ 54 f. *SGB XII*. Diese Form der Hilfgewährung erfolgt ohne die Anrechnung von Einkommen und Vermögen (§ 92 Abs. 2 *SGB XII*). Allerdings greift nach dem Ableben des Leistungsberechtigten der Anspruch auf Kostenersatz durch die Erben nach § 102 *SGB XII*. Vgl. hierzu die sehr instruktive Entscheidung LSG Bayern Urt. v. 23.2.2013 – L 8 SO 113/09.

24 Vgl. §§ 82 ff. *SGB XII*; zu den (geringen) Freigrenzen §§ 85 ff. *SGB XII*.

25 Vgl. § 136 Abs. 2 *SGB IX* zu den Einkommensgrenzen und § 139 *SGB IX* zu den Vermögensgrenzen.

26 Vgl. § 90 Abs. 2 Nr. 9 *SGB XII* iVm VO zu § 90 Abs. 2 Nr. 9 *SGB XII*.

27 Über § 139 *SGB IX* gilt § 90 Abs. 2 Nr. 1 bis 8 *SGB XII* auch für die Bezieher von Eingliederungshilfe. Nicht verwiesen wird allerdings auf § 90 Abs. 2 Nr. 9 *SGB XII*. Stattdessen beträgt das Schonvermögen 150 % der jährlichen Bezugsgröße nach § 18 Abs. 1 *SGB IV*. Für das Jahr 2021 liegt die Bezugsgröße bei 39.480 EUR und das Schonvermögen damit bei 59.220 EUR.

28 Vgl. zur Grundsicherung ersetzenden Funktion von Erwerbsminderungsrente für Menschen mit Behinderung, die zwanzig Jahre in einer Werkstätte für Menschen mit Behinderung tätig waren, Fn. 20.

29 Missverständlich ist es daher, wenn Nieder/Kössinger/R.Kössinger/Zintl, Handbuch der Testamentgestaltung, 6. Aufl. 2020 in § 21 Rn. 65 in Bezug auf die Erbschaften und Vermächtnisse schreiben: „Solange ein Betroffener ausschließlich Leistungen der Eingliederungshilfe (und keine existenzsichernden Leistungen) erhält, kann dem Betroffenen also durchaus Vermögen zugewendet werden.“ Dieser Hinweis ist zwar richtig. Er berücksichtigt aber nicht, dass die Bedeutung von Grundsicherung im Zuge der Aufgabe des Systems der Komplexeleistungen massiv an Bedeutung zugenommen hat und dass seit dem 1.1.2020 ein nicht unwesentlicher Teil von Heimkosten über die Grundsicherung nach §§ 41 ff. *SGB XII* finanziert wird.

30 So auch MAH ErbR/Spall, § 41 Rn. 50.

31 Vgl. zur Verlagerung der Kosten *Doering-Striening* ZErB 2017, 95 (106).

32 Je nach Höhe des Einkommens wird ein bestimmter Teil auf die Grundsicherung angerechnet.

33 Ausdrücklich sei auf die Gefahren bei Verträgen zugunsten Dritter hingewiesen, insbesondere bei Lebensversicherungen. Erhält ein behindertes Kind als Bezugsberechtigter die Versicherungsleistung, fällt sie nicht in den Nachlass und kann deshalb auch nicht unter den Schutz eines Behindertentestaments gestellt werden. Daher muss die Bezugsberechtigungsanordnung geprüft werden. Ggfs. muss jedwede Bezugsberechtigungsregelung komplett ausgeschlossen werden, damit die Versicherungsleistung dann in den Nachlass fallen und von den testamentarischen Anordnungen erfasst werden kann.

34 Ehemals § 89 BSHG.

35 Beachte, dass der BGH sich mit Urteil vom 19.1.2011 der absolut herrschenden Meinung angeschlossen hat, wonach der Sozialhilfeträger das Ausschlagungsrecht nicht auf sich überleiten und ausüben kann; vgl. BGH Urt. v. 19.1.2011 – IV ZR 7/10, ZEV 2011, 258 mAnm Zimmer.

träger als Helfer des Sozialhilfeempfängers gerade anders behandelt als andere Gläubiger des Pflichtteilsberechtigten und die deshalb § 852 Abs. 1 ZPO verdrängt³⁶. Für § 141 SGB IX liegt zwar noch keine höchstrichterliche Entscheidung vor. Hier kann aber nichts anderes gelten, sofern man die Rechtsprechung des BGH nicht generell für falsch hält.

4. Erbschaften – Einkommen oder Vermögen?

a) Abgrenzung von Einkommen und Vermögen nach dem SGB XII

In der *sozialhilferechtlichen* Literatur und der Rechtsprechung zum SGB XII richtet sich die Frage, ob eine Zuwendung von Todes wegen als Einkommen oder als Vermögen zu qualifizieren ist, nach der insoweit vorherrschenden „*modifizierten Zuflusstheorie*“. Danach ist *Einkommen* alles, was ein Hilfeempfänger im Bedarfszeitraum (SGB XII) bzw. im Falle des SGB II nach Antragstellung erhält (grundsätzlich tatsächlicher Zufluss maßgebend), und *Vermögen*, was er vorher bereits hatte.³⁷ Zuflüsse aus Pflichtteil sowie nicht von einem Behindertentestament geschützte Zuflüsse aus Erbschaften und aus Vermächtnissen während des Bedarfszeitraums sind somit im Bereich des SGB XII als Einkommen zu klassifizieren und gem. § 82 Abs. 7 S. 2 SGB XII erst nach 6 Monaten durch die Freibeträge des § 90 SGB XII geschützt.³⁸

b) Einkommensbegriff nach dem SGB IX

Für das SGB IX hat der Gesetzgeber eine vom SGB XII abweichende Klassifizierung vorgenommen. Das im Rahmen der Eingliederungshilfe zu berücksichtigende Einkommen (vgl. § 135 Abs. 1 SGB IX) unterscheidet sich deutlich vom Einkommen iSd SGB XII. *Im Bereich des SGB IX* kommt es danach auf die „*Summe der Einkünfte des Vorvorjahres nach § 2 Abs. 2 des EStG sowie bei Renteneinkünften (auf) die Bruttorente des Vorvorjahres*“ an.³⁹ Für erbrechtliche Zuwendungen (Erbeinsetzung, Vermächtnis oder Pflichtteil), die nicht dem Kanon der sieben Einkommensarten nach § 2 Abs. 2 EStG unterfallen, heißt das, dass sie als *Vermögen* (§ 139 SGB IX) und nicht als Einkommen zu qualifizieren sind. Im *Bereich des SGB XII*, und damit insbesondere für die Grundsicherung, verbleibt es allerdings bei dem bisherigen Einkommensbegriff, so dass zB eine Erbschaft gleichzeitig Einkommen nach dem SGB XII und Vermögen nach dem SGB IX sein kann. Diese überraschende Doppelnatur spielt vor allem dann eine Rolle, wenn und solange ein behinderter Mensch – wie ab dem 1.1.2020 gesetzlich vorgesehen – zur Finanzierung seines Heimaufenthalts sowohl Grundsicherung nach dem SGB XII erhält, als auch Eingliederungshilfe nach dem SGB IX.

c) Qualifizierung durch den BGH

Der BGH qualifiziert Erbschaften in ständiger Rechtsprechung als Vermögen iSv § 90 SGB XII⁴⁰ und nicht als Einkommen iSv §§ 82 ff. SGB XII. Angeschlossen haben sich die Literatur sowie zahlreiche Gerichte,⁴¹ auch und insbesondere aus dem Bereich des Sozialrechts.⁴² Dies entspricht soweit ersichtlich zudem der täglichen Praxis der Sozialämter. Ob dem allerdings das BSG folgen wird, ist zumindest offen, wenn nicht sogar vor dem Hintergrund der im Sozialhilferecht geltenden Zuflusstheorie und der im Bereich des SGB II entwickelten Aggregatrechtsprechung des BSG⁴³ sehr fraglich.

5. § 102 SGB XII – wichtig bis 31.12.2029

Zusätzlich spielt für die Gestaltung von Behindertentestamenten § 102 SGB XII⁴⁴ eine wichtige Rolle.⁴⁵ Danach sind die

36 Vgl. BGH Urt. v. 19.1.2011 – IV ZR 7/10 ZEV 2011, 258 im Anschluss an BGH Urt. v. 8.12.2004 – IV ZR 223/03, ZEV 2005, 117 mit – nicht zum Ergebnis, aber zur konkreten Begründung – ablAnm *Muscheler*. Vgl. weiter BGH Urt. v. 19.10.2005 – IV ZR 235/03, ZEV 2006, 76 sowie Soergel/*Dieckmann*, BGB, § 2306 Rn.29; MüKoBGB/*Lange*, § 2317 Rn. 18ff.; MüKoBGB/*Roth*, 8. Aufl. 2019, § 412 Rn. 23 f.; *Nieder* NJW 1994, 1264 (1265) mwN; *Krampe* AcP 191 (1991), 526 (529). Vgl. auch *Van de Loo* NJW 1990, 2856; *Engelmann* MittBayNot 1999, 509 (518). Das Urteil des BGH vom 8.12.2004 ist die Revisionsentscheidung zu OLG Karlsruhe Urt. v. 24.9.2003 – 9 U 59/03, ZEV 2004, 26 und das Urteil vom 19.10.2005 die Revisionsentscheidung zu OLG Frankfurt/Main Urt. v. 7.10.2003 – 14 U 233/02, ZEV 2004, 24. Vgl. zu den beiden obergerichtlichen Entscheidungen *Spall* ZEV 2004, 28, der ua ausführte: „*Der Verlust der Erbenstellung nach dem zweiten Elternteil aufgrund der Pflichtteilsstrafklausel ist hingegen nur mittelbare und unbeabsichtigte Nebenfolge der Überleitung, die zudem nicht kraft Gesetzes eintritt, sondern vom Erblasser angeordnet und damit bewusst in Kauf genommen wurde. Solche mittelbaren und provozierten Nebenfolgen sind jedoch mE nicht geeignet, den Zugriff des Trägers der Sozialhilfe generell auszuschließen, sondern sind von diesem bei der Überleitungsentscheidung im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen.*“. Für die herrschende, ablehnende Meinung vgl. zB BeckOK BGB/*Müller-Engels*, 54. Ed. 1.5.2020, § 2317 Rn. 17, 19. Kritisch zur eigenen Rechtsprechung des 4. Zivilsenats des BGH mittlerweile auch *Wendt* ErbR 2012, 66.

37 Vgl. jüngst BSG Urt. v. 8.5.2019 – B 14 AS 15/18 R, NJW 2019, 3542 (zu SGB II: Erbfall vor der ersten Antragstellung, daher Vermögen) sowie Urt. v. 17.2.2015 – B 14 KG 1/14 R, ZEV 2015, 484 (zu SGB II: Erbfall nach Antragstellung, daher Einkommen). Vgl. weiter BSG Urt. v. 30.7.2008 – B 14 AS 26/07 R (zu SGB II); Urt. v. 30.9.2008 – B 4 AS 29/07 R (zu SGB II); Urt. v. 28.10.2009 – B 14 AS 62/08 R (zu SGB II); Urt. v. 24.2.2011 – B 14 AS 45/09 R, FamRZ 2011, 1055 (zu SGB II); Urt. v. 25.1.2012 – B 14 AS 101/11 R, FamRZ 2012, 1136 (zu SGB II); Urt. v. 29.4.2015 – B 14 AS 10/14 R, FamRZ 2015, 1494 (zu SGB II); LSG Niedersachsen-Bremen Urt. v. 13.11.2014 – L 15 AS 457/12 (zu SGB II); LSG Baden-Württemberg Urt. v. 25.9.2019 – L 7 SO 4349/16, BeckRS 2019, 23573 (zu SGB XII); Urt. v. 3.6.2020 – L 2 AS 3534/19, BeckRS 2020, 22983 (zu SGB II), vgl. weiter etwa BVerwG NJW 1999, 3137; NJW 1999, 3210; NJW 1999, 3649; *Doering-Striening* ZErB 2014, 105.

38 Instruktiv *Doering-Striening* ZErB 2017, 95 (108).

39 Falls das Einkommen des behinderten Leistungsbeziehers die Einkommensfreibeträge und sonstigen Zuschläge nach § 136 SGB IX übersteigt, muss er einen sogenannten Aufwendungsbeitrag zahlen (vgl. § 136 SGB IX), dh er muss sich an den Kosten der Eingliederungshilfe beteiligen. Maßgeblich ist bei volljährigen behinderten Menschen allein ihr Einkommen. Das des Ehegatten oder der Eltern bleibt – im Gegensatz zum bisherigen § 19 Abs. 3 SGB XII – unberücksichtigt. Das Einkommen Dritter spielt nur insoweit eine Rolle, als der Freibetrag nach § 136 Abs. 3 SGB IX um 15 % erhöht wird oder nicht.

Die Höhe des monatlichen Aufwendungsbeitrags richtet sich nach § 137 SGB IX. Er liegt gem. § 137 Abs. 2 S. 1 SGB IX bei 2 % des den Einkommensfreibetrag nach § 136 Abs. 2 SGB IX übersteigenden Einkommens. Ist im Einzelfall ein Aufwendungsbeitrag zu zahlen, übernimmt der Eingliederungshilfeträger (im Unterschied zur bisherigen Regelung in § 92 Abs. 1 SGB XII) nur noch die Kosten einer Leistung abzüglich des vom dem Leistungsempfänger zu tragenden Aufwendungsbeitrags (vgl. §§ 92, 137 Abs. 3 SGB IX). Diesen Aufwendungsbeitrag muss der behinderte Mensch direkt an den Leistungserbringer (= Heimträger) zahlen. Zu dem sich hieraus ggfs. ergebenden Dilemma, wenn ein Testamentsvollstrecker den nach §§ 135 ff. SGB IX errechneten Aufwendungsbeitrag nicht leistet (Kündigung der Vertragsbeziehungen mit dem Leistungsempfänger?), s. *Schneider* ZEV 2019, 453 (458) ("... wird erst die zukünftige Rechtsprechung klären können.")

40 Vgl. BGH Urt. v. 21.3.1990 – IV ZR 169/89, NJW 1990, 2055 ff. = BGHZ 111, 36; BGH Urt. v. 20.10.1993 – IV ZR 231/92, NJW 1994, 248 ff. = BGHZ 123, 368; BGH Urt. v. 8.12.2004 – IV ZR 223/03, NJW-RR 2005, 369; BGH Urt. v. 19.10.2005 – IV ZR 235/03, NJW-RR 2006, 223; BGH Urt. v. 19.1.2011 – IV ZR 7/10, ZEV 2011, 258 = ZErB 2011, 117; BGH Beschl. v. 26.10.2011 – IV ZB 33/10, ZEV 2012, 39; BGH Beschl. vom 27.3.2013 – XII ZB 679/11, ErbR 2013, 250 = ZErB 2013, 151.

Erben des Sozialhilfeempfängers bzw. – falls der Ehegatte⁴⁶ des Leistungsempfängers vorher verstirbt – die Erben seines Ehegatten „zum Ersatz der Kosten der Sozialhilfe“ verpflichtet, die in den 10 Jahren vor dem Erbfall aufgewendet wurden. Von der Ersatzpflicht ausgenommen ist lediglich die nach dem Vierten Kapitel des SGB XII erhaltene Grundsicherung (vgl. § 102 Abs. 5 SGB XII). Sämtliche anderen Leistungen nach dem SGB XII aber werden erfasst, also insbesondere von einem behinderten Menschen in Anspruch genommene Hilfe zur Pflege nach §§ 61 ff. SGB XII (Siebtes Kapitel) sowie – ganz wichtig – bis zum 1.1.2020 bezogene Eingliederungshilfe nach §§ 53 ff. SGB XII (Sechstes Kapitel).⁴⁷

Gerade vor dem Hintergrund von § 102 SGB XII riet und rät die hM in der Literatur bis heute von der Verwendung der Vermächtnislösung ab.⁴⁸ Denn anders als die Erbschaftslösung könne sie nach dem Ableben des behinderten Kindes aufgrund von § 102 SGB XII zu einer Konkurrenzsituation zwischen dem Nachvermächtnisnehmer und dem Sozialhilfeträger führen, was den dann noch vorhandenen Teil des Vermächtnisses betrifft. Teilweise soll der Anspruch nach § 102 SGB XII im Rang vorgehen; teilweise wird eine Quotelung vertreten. Die mittlerweile hM geht vom Vorrang des Anspruchs des Nachvermächtnisnehmers aus, rät aber trotzdem von der Verwendung der Vermächtnislösung ab.⁴⁹

Aber abgesehen davon, dass bei einem gemeinschaftlichen Behindertentestament einzig die Vermächtnislösung die für die rechtliche Absicherung des länger lebenden Ehegatten eminent wichtige Alleinerbeneinsetzung erlaubt (und dort auf den ersten Erbfall, dh in Bezug auf das Ableben des zuerst versterbenden Ehegatten in aller Regel auch richtig ist),⁵⁰ ist mit der Umsetzung des Bundesteilhabegesetzes zum 1.1.2020 die wesentliche Argumentationsgrundlage der hM für „Neufälle“, dh für Behindertentestamente von Eltern, deren behinderte Kinder erstmals in der Zeit nach dem 1.1.2020 Eingliederungshilfe erhalten haben oder erhalten werden, entfallen. Für „Altfälle“, also für Testamente von Eltern, deren behinderte Kinder bereits in der Zeit vor dem 1.1.2020 Eingliederungshilfe erhalten haben, wird § 102 SGB XII aufgrund seiner zehnjährigen Rückwirkung noch bis zum 31.12.2029 eine Rolle spielen, allerdings Jahr für Jahr mit geringer werdenden wirtschaftlichen Folgen. Denn der allein im SGB XII verortete § 102 SGB XII – im SGB IX findet sich keine entsprechende Bestimmung, nachdem die Bundesregierung sich gegen die Einführung eines § 142b SGB IX gewandt hatte, der auf § 102 SGB XII verwiesen hätte⁵¹ – ist weder auf Grundsicherung nach §§ 41 ff. SGB XII (vgl. ausdrücklich § 102 Abs. 5 SGB XII), noch analog auf Eingliederungshilfe nach §§ 90 ff. SGB IX anwendbar.⁵² Erhält ein behindertes Kind also erstmals in der Zeit nach dem 1.1.2020 Eingliederungshilfe, spielt § 102 SGB XII für diese „Neufälle“ keine Rolle mehr. Das hat zur Folge, dass für Eltern von Kindern, die bis zum 31.12.2019 keine Eingliederungshilfe erhalten haben, ohne Weiteres auf die Vermächtnislösung zurückgegriffen werden kann.

III. Sozialrechtliche Folgen eines Behindertentestaments

1. Kein verwertbares Vermögen/keine „bereiten Mittel“ iSv SGB IX und SGB XII

Die Einteilung in Einkommen und Vermögen ist aus Sicht des Sozialrechts zwar außerordentlich wichtig. Allerdings ist nicht jedes Einkommen und Vermögen einzusetzen. Das gilt sowohl für das SGB IX wie für das SGB XII. Erforderlich ist vielmehr, dass Einkommen in Form von „bereiten Mitteln“ tatsächlich verfügbar und dass Vermögen rechtlich verwertbar ist.⁵³ Genau das verhindert aber ein Behindertentestament durch die

41 Vgl. exemplarisch etwa OLG Köln Beschl. v. 7.1.2009 – 16 Wx 233/08, ZEV 2009, 402; LG Kassel Beschl. v. 17.10.2013 – 3 T 342/13, ZEV 2014, 104. Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung, Kap. 6 C. Rn. 77 ff., 566.

42 Vgl. – ohne ausdrückliche Begründung der Einstufung als Vermögen – LSG Hessen Ur. v. 26.6.2013 – L 6 SO 165/10, FD-SozVR 2013, 350676 (die Eltern des Hilfeempfängers starben 1998 und 1999; die letzte Bewilligung von Leistungen nach dem SGB XII datierte vom 21.12.2005). Zur Parallelproblematik im SGB II vgl. LSG Hamburg Ur. v. 13.9.2012 – L 4 AS 167/10, BeckRS 2012, 73564; LSG Baden-Württemberg Beschl. v. 9.10.2007 – L 7 AS 3528/07, NZS 2008, 543. S. auch bereits OVG Saarland Ur. v. 17.3.2006 – 3 R 2/05, ZErB 2006, 275.

43 Vgl. die Grundsatzentscheidung BSG Ur. v. 30. 9. 2008 – B 4 AS 29/07 R, NJW 2009, 2155; vgl. weiter BSG Ur. v. 25.1.2012 – B 14 AS 101/11 R ErbR 2013, 58 (61); BSG Ur. v. 24.6.2020 – B 4 AS 9/20 R, Rn. 26 (ohne Verwendung des Begriffs „Aggregatzustand“; BeckRS 2020, 21796). S. aus der Literatur Münder/Geiger, SGB II, 7. Aufl. 2021, § 11 Rn. 78; KKW/G. Becker, 6. Aufl. 2019, SGB II § 11 Rn. 33; Doering-Striening ZErB 2014, 105; Ruby/Schindler, Behindertentestament, § 2 Rn. 15.

44 § 102 SGB XII entspricht § 92c Abs. 2 BSHG: „Der Erbe haftet mit dem Wert des im Zeitpunkt des Erbfalls vorhandenen Nachlasses.“ Vgl. hierzu etwa Hußmann ZEV 2005, 54; Hußmann ZEV 2005, 248; Ruby ZEV 2005, 102 und Conradis ZEV 2005, 379.

45 § 102 SGB XII wird als Hauptgrund gegen die sog. Vermächtnis- und für die sog. Erbschaftslösung verwendet, vgl. jüngst erst Milzer NZFam 2019, 1046 (1049 f.).

46 Bzw. dessen Lebenspartner.

47 Für Leistungen ab dem 1.1.2020 greift § 102 SGB XII nicht mehr.

48 Vgl. Milzer NZFam 2019, 1046 (1049 f.). Vgl. zuvor Damrau ZEV 1998, 1 (3); Damrau/J. Mayer DNotI-Report 1999, 149 und auf Hartmann ZEV 2001, 89 = Damrau/Mayer ZEV 2001, 293 ff.; TV-HdB/Dietz, § 5 Rn. 427; Joussen NJW 2003, 1851; Golpayegani/Boger ZEV 2005, 377 (378); Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung, Kap. 6 C. Rn. 140 ff., 592 ff.

Für die Vermächtnislösung vgl. Hartmann ZEV 2001, 89 ff.; Baltzer ZEV 2008, 116 ff.; AnwForm Testament/Horn/Bienert, § 21 Rn. 30, 50, 55 ff. Tendenziell auch Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung, Kap. 6 C. Rn. 147, 595: („Richtiger Auffassung nach ist (...) die Vermächtnislösung insgesamt geeignet, das Vermögen des Erblassers gegen den Zugriff der Sozialbehörde abzusichern, soweit sich der Vermächtnisgegenstand wertmäßig in dem Rahmen bewegt, innerhalb dessen auch bei der Standardlösung aufgrund der Gedanken der elterlichen Fürsorge und des Familienlastenausgleichs Anerkennungsfähigkeit besteht.“); Grziwotz ZEV 2002, 409 schlägt eine „umgekehrte Vermächtnislösung“ vor, bei der das behinderte Kind als alleiniger Vorerbe und seine nicht behinderten Geschwister als Nacherben sowie gleichzeitig als Vermächtnisnehmer eingesetzt werden („gegenständlich beschränkte Vorerbschaft“).

49 Doering-Striening zufolge soll die Forderung nach § 102 SGB XII im Rang vorgehen; vgl. Doering-Striening ErbR 2014, 358 (366). Damrau/J. Mayer haben im Jahr 1998 bzw. im Jahr 2001 die Auffassung vertreten, dass der Rest des Vorausvermächtnisses zwischen dem Nachvermächtnisnehmer und dem Sozialhilfeträger auf Grund der Gleichrangigkeit ihrer Forderungen quotenmäßig aufzuteilen sei; vgl. Damrau ZEV 1998, 1 (3), sowie vertiefend Damrau/J. Mayer ZEV 2001, 293 ff (zugleich eine Entgegnung auf ein Gutachten des Deutschen Notarinstituts DNotI-Report 1999, 149 und auf Hartmann ZEV 2001, 89). Von einer Gleichrangigkeit der Forderungen geht auch Trilsch-Eckardt ZEV 2001, 229 f. aus, zugleich Replik zu Weidlich ZEV 2001, 94, allerdings ohne nähere Begründung. Von dieser, seiner eigenen Auffassung hat J. Mayer später Abstand genommen und sich – wenn auch mit etwas anderer Begründung – der hM angeschlossen; vgl. J. Mayer ErbR 2011, 322.

Anordnung von (Dauer-)Testamentsvollstreckung. Denn die Belastung mit Testamentsvollstreckung (§§ 2197 ff. BGB) führt dazu, dass die Verfügungsbefugnis über den Nachlass gemäß § 2211 BGB⁵⁴ auf den Testamentsvollstrecker übergeht. Das der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegende Vermögen – wenn man denn Erbschaften als Vermögen qualifiziert – ist damit iSd Sozialrechts rechtlich unverwertbar.⁵⁵

Nichts anderes gilt, wenn eine Erbschaft im SGB XII als *Einkommen* eingestuft wird. So ist grundsicherungsrechtlich Einkommen aus einem Erbfall erst dann zu berücksichtigen, wenn es dem Hilfebedürftigen zur Deckung seines Bedarfs zur Verfügung steht. Maßgeblich ist damit nicht bereits der abstrakte Anfall der Erbschaft, sondern der tatsächliche Zufluss als „*bereite Mittel*“.⁵⁶ Das wiederum ist nicht der Fall, solange das Vermögen durch einen Testamentsvollstrecker verwaltet wird, er es nicht nach § 2217 BGB freigegeben hat und der Testamentsgestalter dem behinderten Erben keinen – gegebenenfalls durch Auslegung zu ermittelnden – Anspruch auf Freigabe eingeräumt hat.

2. Gefahr in der Praxis: Freigabe, § 2217 BGB

a) Anspruch auf Freigabe nach Testamentsauslegung?

Die Gefahr, dass ein Testamentsvollstrecker (in bester Absicht, aber mit katastrophalen Wirkungen)⁵⁷ Vermögen an den behinderten Erben freigibt oder dass ein Behindertentestament iS eines Anspruchs auf Freigabe ausgelegt und der durch das Testament vermittelte Schutz dadurch aufgehoben wird, besteht allerdings durchaus. So ist seit der Entscheidung des BGH vom 27.3.2013⁵⁸ die Auslegung von Behindertentestamenten generell in den Mittelpunkt der zivil- und sozialhilferechtlichen Rechtsprechung gerückt.⁵⁹ Ist ein Behindertentestament aber nicht in positiver wie in negativer Hinsicht glasklar formuliert, was die Verwendung der Erträge und der Vermögenssubstanz angeht, ist der Raum für eine Auslegung eröffnet – mit keineswegs vorhersagbarem Ergebnis. Denn die Aufgabe der Testamentsauslegung obliegt der Tatsacheninstanz. Die Revisions- und die Rechtsbeschwerdeinstanz kann das Auslegungsergebnis nur auf Rechtsfehler und damit nur sehr eingeschränkt überprüfen.⁶⁰ Exemplarisch hat das BayObLG zum Prüfungsmaßstab formuliert:

„Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob die Auslegung der Tatsacheninstanz gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt, ob in Betracht kommende andere Auslegungsmöglichkeiten nicht in Erwägung gezogen wurden, ob ein wesentlicher Umstand – zB ein Teil des Testamentwortlauts – übersehen wurde oder ob dem Testament ein Inhalt gegeben wurde, der dem Wortlaut nicht zu entnehmen ist und auch nicht auf verfahrensfreier getroffene Feststellungen anderer Anhaltspunkte für den im Testament zum Ausdruck gekommenen Erblasserwillen gestützt werden kann.“⁶¹

Folglich kommt es nicht darauf an, ob das Sachverhalte das wahrscheinlichste oder das nächstliegende Ergebnis getroffen hat. Vielmehr reicht es aus, dass das Auslegungsergebnis vertretbar ist und sich im Bereich des Möglichen

bewegt, selbst wenn eine andere Auslegung ebenso nahe oder sogar näher liegt.⁶²

-
- Nach herrschender und zutreffender Meinung geht der Anspruch des Nachvermächtnisnehmers im Rang vor; DNotl DNotl-Report 1999, 149 (150 f.). *Hartmann* ZEV 2001, 89 ff. stützt sich u.a. auf § 2223 BGB sowie auf die Parallele zu § 2311 BGB (kritisch hierzu *Damrau/J.Mayer* ZEV 2001, 293 ff.). Vgl. weiterhin etwa *Weidlich* ZEV 2001, 94 (96 f.); *Joussen* ZEV 2003, 1851 (1853); *Baltzer* ZEV 2008, 116 (119); *Muscheler* AcP 208 (2008), 69 (96 f.), *Muscheler* ErbR 2011, 258 (273); *J.Mayer* ErbR 2011, 322; *Zimmer* Anm. zu LSG Nordrhein-Westfalen Beschl. v. 23.01.2012 – L 20 SO 565/11 B, ZEV 2012, 276; BGH Beschl. v. 27.8.2014 – XII ZB 133/12, ErbR 2015, 88 f.
- Offengelassen von *Golpayegani/Boger* ZEV 2005, 377 (378) und *Tanck/Krug/Süß/Horn/Bienert*, AnwForm Testamente, § 21 Rn 58 ff., 62, die allerdings ebenso wie hier bei Ehegattentestamenten die Vermächtnislösung auf den ersten Erbfall favorisieren.
- 50 Wie hier auch *Wendt* ErbR 2012, 66 (69) im Anschluss an *Hammann*, Gestaltungsoptionen bei Behindertentestamenten, Vortrag auf dem 8. Stuttgarter Erbrechtstag, 2011.
- 51 Vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 23.9.2016, BT-Drs. 18/9954, dort Ziff. 56, 33. Dem Vorschlag zufolge hätte § 142b SGB IX gelautet: „§§ 102 bis 105 Zwölftes Buch Sozialgesetzbuch sind entsprechend anzuwenden.“ Dem Vorschlag des Bundesrates ist die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung ausdrücklich nicht gefolgt, vgl. BT-Drs. 18/9954, 69. („Die Neuregelungen des Einkommens- und Vermögenseinsatzes tragen dazu bei, eine angemessene Lebensführung von Menschen mit Behinderung zu sichern und für eine Altersabsicherung – auch für ihre Angehörigen – vorzusorgen. Im bisherigen Sozialhilferecht sind grundsätzlich alle verfügbaren Mittel einzusetzen. Bestimmte Vermögenswerte sollen (nur) zu Lebzeiten vom Einsatz verschont bleiben. Gerade dieser Gedanke des Sozialhilferechts soll mit der Neuregelung der Eingliederungshilfe im SGB IX nicht fortgeführt werden.“) In der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 30.11.2016 ist dann kein Hinweis (mehr) auf § 102 SGB XII oder auf § 142b SGB IX nF enthalten, vgl. BT-Drs. 18/10523.
- 52 Vgl. zur Nichtanalogiefähigkeit mit überzeugender Begründung *Schneider* ZEV 2019, 453 (456).
- 53 Vgl. BSG Urt. v. 8.5.2019 – B 14 AS 15/18 R, NJW 2019, 3542; BSG Urt. v. 29.4.2015 – B 14 AS 10/14 R, FamRZ 2015, 1494; BSG Urt. v. 17.2.2015 – B 14 KG 1/14 R, ZEV 2015, 484; BSG Urt. v. 12.6.2013 – B 14 AS 73/12 R, Rn. 21; BSG Urt. v. 25.1.2012 – B 14 AS 101/11 R, Rn. 21 f.; LSG Niedersachsen-Bremen Urt. v. 13.11.2014 – L 15 AS 457/12.
- 54 § 2211 Abs. 1 BGB: „Über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand kann der Erbe nicht verfügen.“
- 55 Vgl. etwa BSG Urt. v. 17.2.2015 – B 14 KG 1/14 R, ZEV 2015, 484 mAnm *Tersteegen*; BSG Urt. v. 29.4.2015 – B 14 AS 10/14 R, FamRZ 2015, 1494; BVerwG Urt. v. 25.6.2015 – 5 C 12.14, ZEV 2016, 39; OVG Saarland Urt. v. 17.3.2006 – 3 R 2/05, ZErB 2006, 275; SG Düsseldorf Urt. v. 2.12.2016 – S 29 AS 523/15, BeckRS 2016, 115317; BSG Urt. v. 6.5.2010 – B 14 AS 2/09 R, ZEV 2010, 585 (586); *Langenfeld/Fröhler*, Testamentgestaltung, Kap. 6 C. Rn. 87, 569.
- 56 Vgl. BSG Urt. v. 8.5.2019 – B 14 AS 15/18 R, NJW 2019, 3542 (zu SGB II); BSG Urt. v. 29.4.2015 – B 14 AS 10/14 R, FamRZ 2015, 1494 (zu SGB II); BSG Urt. v. 17.2.2015 – B 14 KG 1/14 R, ZEV 2015, 484 (zu SGB II); BSG Urt. v. 12.6.2013 – B 14 AS 73/12 R, Rn. 21 (zu SGB II); BSG Urt. v. 25.1.2012 – B 14 AS 101/11 R, Rn. 21 f. (zu SGB II); LSG Niedersachsen-Bremen Urt. v. 13.11.2014 – L 15 AS 457/12 (zu SGB II).
- 57 Vgl. als Negativbeispiel LG Kassel Beschl. v. 17.10.2013 – 3 T 342/13, ZEV 2014, 104 mzustAnm *Wirich*. Der Entscheidung lag der Sachverhalt zu Grunde, dass der mit Nacherbschaft und Testamentsvollstreckung belastete Erbteil dinglich auf den weiteren Miterben übertragen und die Gegenleistung auf das (Eigen-)Konto des behinderten Kindes gezahlt wurde. Die Entscheidung des LG Kassel ablehnend *Springmann* ZEV 2014, 293; Abfindungsbetrag ist als Surrogat in gleicher Weise geschützt (umfangreiche Nachweise hierzu bei *Springmann* in Fn. 4).
- 58 BGH Beschl. v. 27.3.2013 – XII ZB 679/11, ErbR 2013, 250 = ZErB 2013, 151, fortgeführt durch BGH Beschl. v. 1.2.2017 – XII ZB 299/15, NJW-RR 2017, 770.
- 59 Vgl. exemplarisch LG Köln Beschl. v. 13.10.2014 – 1 T 363/14, NJW-Spezial 2015, 135; LG Leipzig Beschl. v. 7.10.2013 – 01 T 471/13; LG Kassel Beschl. v. 17.10.2013 – 3 T 342/13, ZEV 2014, 104.
- 60 Vgl. BGH Beschl. v. 19.6.2019 – IV ZB 30/18, ErbR 2019, 642 im Anschluss an BGH Beschl. v. 12.7.2017 – IV ZB 15/16, NJW-RR 2017, 1035 = FamRZ 2017, 1716 Rn. 12.

b) Pflichtwidrige Freigabe

Wenn der Testamentsvollstrecker allerdings einen bestimmten Nachlassgegenstand entgegen den Anordnungen des Erblassers pflichtwidrig freigibt, begründet eine solche Freigabe, bei der die Leistung ohne Rechtsgrund erfolgt ist, zugunsten des Testamentsvollstreckers einen Herausgabeanspruch nach §§ 812 Abs. 1 S. 1, 818 BGB. Dies hat der BGH ausdrücklich festgehalten.⁶³ Die Entscheidung betrifft zwar die Frage, ob eine pflichtwidrige Freigabe zur Aufhebung der Mittellosigkeit iSv §§ 1836c und 1836d BGB führt. Da § 1836c BGB allerdings an das nach dem SGB XII einzusetzende Einkommen und Vermögen anknüpft, führt der Herausgabeanspruch nach § 812 BGB faktisch dazu, dass unter die Testamentsvollstreckung zurückgeholtes Vermögen wieder geschützt werden kann.

Schlussbetrachtung

Mit Beginn des Jahres 2020 hat sich der für die Ausgestaltung von Behindertentestamente zu beachtende sozialrechtliche Hintergrund fundamental verändert. Zum einen wurde die Balance zwischen Eingliederungshilfe und Grundsicherung vollkommen neu austariert und hat die wirtschaftliche Bedeutung von Eingliederungshilfe nach §§ 90 ff. SGB IX im Zuge der Aufgabe des Systems der Komplexleistungen im gleichen Maß abgenommen, wie die von Grundsicherung nach §§ 41 ff. SGB XII gestiegen ist. Zum anderen ist § 102 SGB XII auf ab dem 1.1.2020 gezahlte Eingliederungshilfe nicht (mehr) anwendbar. Ersteres, also die Neujustierung von Eingliederungshilfe und Grundsicherung, hat auf die Ausgestaltung von Behindertentestamente keine Folgen. Auch wenn die vor dem 1.1.2020 bereits bestehenden rechtlichen Unterschiede zwischen beiden Hilfeformen noch größer geworden sind, sind dieselben erbrechtlichen Anordnungen richtig und erforderlich wie in der Zeit bis zum 31.12.2019.

Ganz andere Auswirkungen haben dagegen die Änderungen im Zusammenhang mit § 102 SGB XII. Zwar kann über § 102 SGB XII bis zum 31.12.2019 gezahlte Eingliederungshilfe („*Altfälle*“) nach wie vor noch zurückgefordert werden, wenn der Leistungsempfänger bis zum 31.12.2019 verstorben ist. Das gilt allerdings auch nur für bis Ende 2019 gezahlte Eingliederungshilfe, nicht aber für ab dem 1.1.2020 erhaltene Hilfen („*Neufälle*“). Hieraus folgt, dass bei der Gestaltung von Behindertentestamente von Eltern, deren Kinder erstmals im Jahr 2020 oder später Eingliederungshilfe erhalten haben oder erhalten werden, ohne Weiteres auf die Vermächtnislösung zurückgegriffen kann (unabhängig davon, ob man nicht ohnehin die mE zutreffende Auffassung vertritt, dass der Anspruch des Nachvermächtnisnehmers dem des Sozialhilfeträgers vorgeht). Für „*Altfälle*“ greift faktisch eine 10jährige Übergangsfrist und gilt ab dem 1.1.2030 das Gleiche wie heute bereits für „*Neufälle*“. Bis dahin wird das wirtschaftliche Risiko eines möglichen Sozialhilferegresses Jahr für Jahr geringer. Im Ergebnis kann § 102 SGB XII für „*Neufälle*“ nicht mehr und für „*Altfälle*“ nur noch eingeschränkt als Argument gegen die Vermächtnislösung verwendet werden. In der Praxis ist also genau zu eruieren, ab wann Eingliederungshilfe gezahlt wurde oder wird. Je nachdem kommt man für die Testamentsgestaltung zu unterschiedlichen Ergebnissen.

61 BayObLG Beschl. v. 9.8.2001 – 1Z BR 29/01, BayObLGZ 2001, 208 (211). Vgl. zum Prüfungsmaßstab zB auch BGH Beschl. v. 19.6.2019 – IV ZB 30/18, ErbR 2019, 642 (644) mAnm *Wendt* = ErbR 2019, 625.

62 Vgl. BayObLG Beschl. v. 22.10.1985 – 1 Z 73/85, FamRZ 1986, 610 (611); Beschl. v. 26.4.2002 – 1Z BR 34/01, FamRZ 2003, 191 (192); OLG Düsseldorf Beschl. v. 8.10.1997 – 3 Wx 386/97, ZEV 1998, 229 (230); OLG Frankfurt Beschl. v. 30.11.2000 – 20 W 493/00, FamRZ 2001, 1173; MüKoBGB/*Leipold*, § 2084 Rn. 174.

63 Vgl. BGH Beschl. v. 10.5.2017 – XII ZB 614/16, NJW-RR 2017, 974; zust. *Löhnig* JA 2017, 784 (785).

Themenfundus

In ErbR 2018, 61 haben wir erstmals zur Bildung eines Themenfundus aufgerufen und erfreulich schnell und viele Rückmeldungen aus der Praxis erhalten, die z.T. bereits der wissenschaftlichen Aufarbeitung zugeführt werden konnten. Allen Einsendern einen herzlichen Dank dafür. Erneut sei der Aufruf gestattet: Senden Sie uns gern Ihre Themen aus dem Bereich des Erbrechts und Erbschaftsteuerrechts ein, die bisher zu wenig in der Wissenschaft und/oder für die Praxis aufbereitet wurden. Eine E-Mail an Dr.Herzog@RAPeter.de genügt, damit wir diese Themen sammeln und bei Bedarf weitergeben können. Die Wissenschaft sei herzlich eingeladen, sich der Themen zu bedienen. Auch hier gilt: E-Mail genügt!