



Hochschule für  
Wirtschaft und Recht Berlin  
Berlin School of Economics and Law

Fachbereich Rechtspflege

# Genehmigungsbedürftigkeit und Genehmigungsfähigkeit der elterlichen Erbausschlagung unter Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Aspekte

Tommy Ziersch

Susanne Sonnenfeld (Hrsg.)

Beiträge aus dem Fachbereich Rechtspflege

Nr. 02/2010

Herausgeber: Dekan Fachbereich Rechtspflege

Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin  
Beiträge des Fachbereichs 4 – Nr. 02/2010

Susanne Sonnenfeld (Hrsg.)

Tommy Ziersch

# **Genehmigungsbedürftigkeit und Genehmigungsfähigkeit der elterlichen Erbausschlagung unter Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Aspekte**

- Diplomarbeit -

Herausgeber:

Dekan des Fachbereichs Rechtspflege  
Alt-Friedrichsfelde 60, D-10315 Berlin  
Fon: 030 9021-4422, Fax: 030 9021-4425  
[www.hwr-berlin.de](http://www.hwr-berlin.de), [info@hwr-berlin.de](mailto:info@hwr-berlin.de)

© copyright

bei den jeweiligen Autoren

ISBN

978-3-940056-61-0

Auflage:

50

Druck:

HWR Berlin – Vervielfältigung

## **Gliederung**

<b>A)</b>	<b>Vorwort</b>	<b>8</b>
<b>B)</b>	<b>Genehmigungsbedürftigkeit der elterlichen Erbausschlagung</b>	<b>8</b>
<b>I.</b>	<b>Grundsatz der Genehmigungspflicht</b>	<b>8</b>
<b>II.</b>	<b>Ausnahme vom Grundsatz der Genehmigungspflicht</b>	<b>9</b>
1.	Anfall der Erbschaft an das minderjährige Kind erst und infolge der Ausschlagung eines vertretungsberechtigten Elternteils	9
2.	Normzweck	9
3.	Sorgeberechtigung	10
a)	Allein- und Mitsorgeberechtigung des ausschlagenden Elternteils	10
b)	Alleinsorgerecht des nicht ausschlagenden Elternteils	10
c)	Sorgeerklärung durch die Eltern zur Herstellung gemeinsamer elterlicher Sorge vor der Ausschlagung für das minderjährige Kind	11
d)	Sorgerechtsübertragung auf den anderen Elternteil zwischen eigener Ausschlagung und der für das minderjährige Kind	12
e)	Übertragung der alleinigen Entscheidungsbefugnis nach § 1628 BGB	12
4.	Gewillkürte Erbfolge	13
a)	Minderjähriges Kind als Ersatzerbe	13
b)	Minderjähriges Kind als Nacherbe	14
c)	Minderjähriges Kind als Ersatznacherbe	14
5.	Motiv der Erbausschlagung für das Kind	15
a)	Grundsatz der Nichtbeachtung des Motivs	15
b)	Ausnahme von der Nichtbeachtung des Motivs bei Interessenkollision	16
<b>III.</b>	<b>Ausnahme von der Genehmigungsfreiheit</b>	<b>18</b>
1.	Zweck der Gegen Ausnahme	19
2.	Berufung neben dem nicht für sich ausschlagenden Elternteil	19
3.	Zeitpunkt der nebeneinander bestehenden Berufung	20
4.	Teleologische Reduktion bei gleichzeitiger Ausschlagung des Elternteils für sich und dann für das Kind	21
5.	Nebeneinander bestehende Berufung im Fall des § 1951 BGB	22
<b>C)</b>	<b>Anwendbarkeit des § 181 BGB auf die elterliche Erbausschlagung</b>	<b>23</b>

<b>D)</b>	<b>Genehmigungsfähigkeit der elterlichen Erbausschlagung</b>	<b>24</b>
<b>I.</b>	<b>Grundsätze des Genehmigungsverfahrens</b>	<b>24</b>
<b>II.</b>	<b>Ausschlagung eines überschuldeten Nachlasses</b>	<b>25</b>
1.	Nachgewiesene Überschuldung	25
2.	Nicht nachgewiesene Überschuldung	26
a)	Haftungsbeschränkung gem. § 1629a BGB	27
b)	Nachlassinsolvenz § 1975 BGB, §§ 315ff. InsO	28
c)	Anfechtung	29
<b>III.</b>	<b>Ausschlagung eines werthaltigen Nachlasses</b>	<b>29</b>
1.	Ausschlagung wegen fehlender Verwandtschaftsverhältnisse der Eltern	29
2.	Ausschlagung wegen fehlendem Erblasser-Kind-Verhältnis	30
3.	Ausschlagung eines Sozialhilfeempfängers	31
a)	Grundsatz der Entscheidungsfreiheit	31
b)	Einfluss der Inanspruchnahme öffentlicher Leistungen auf die Entscheidungsfreiheit	31
c)	Sittenwidrigkeit der Ausschlagung	32
d)	Genehmigungsfähigkeit der Ausschlagung	33
<b>IV.</b>	<b>Rechtsnatur der Ausschlagung</b>	<b>33</b>
<b>V.</b>	<b>Vorgenehmigung</b>	<b>33</b>
<b>VI.</b>	<b>Nachgenehmigung</b>	<b>34</b>
<b>VII.</b>	<b>Erteilung der Genehmigung</b>	<b>34</b>
<b>VIII.</b>	<b>Wirksamkeit der Genehmigung</b>	<b>34</b>
<b>IX.</b>	<b>Bekanntmachung an das Nachlassgericht</b>	<b>34</b>
<b>E)</b>	<b>Verfahrensrechtliche Betrachtungen nach FamFG</b>	<b>35</b>
<b>I.</b>	<b>Beteiligte § 7 FamFG</b>	<b>35</b>
<b>II.</b>	<b>Bekanntgabe der Genehmigungsentscheidung nach § 41 Abs. 3 FamFG</b>	<b>36</b>
<b>III.</b>	<b>Verfahrensbeistand nach § 158 FamFG</b>	<b>36</b>
<b>IV.</b>	<b>Anhörung des Kindes § 159 FamFG</b>	<b>37</b>
<b>V.</b>	<b>Anhörung der Eltern § 160 FamFG</b>	<b>37</b>
<b>F)</b>	<b>Fazit</b>	<b>37</b>

## Literaturverzeichnis

### I. Kommentare

Bamberger/Roth

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage 2008

Zitiert: Bamberger/Roth/Bearbeiter § ... Rn ...

Ermann

Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Auflage 2008

Zitiert: Erman/Bearbeiter, § ... Rn. ...

Palandt

Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage 2009

Zitiert: Palandt/Bearbeiter, § ..., Rn. ...

Prütting/Wegen/Weinreich

BGB Kommentar, 3. Auflage 2008

Zitiert: PWW/Bearbeiter, § ... Rn ...

Staudinger

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 14. Auflage 2004, Buch 4

Zitiert: Staudinger/Bearbeiter, § ... Rn ...

## **II. Lehrbücher**

Brox, Hans/ Walker, Wolf-Dietrich  
Erbrecht, 23. Auflage  
Zitiert: Brox/Walker, §..., Rn. ...

Dölle, Hans  
Familienrecht Band II, 1965  
Zitiert: Dölle, § ...

Zorn, Dagmar  
Das Recht der elterlichen Sorge, 2.Auflage 2008  
Zitiert: Zorn Rn ...

## **III. Aufsätze**

Bengel, Manfred  
„Gestaltung letztwilliger Verfügungen bei Vorhandensein behinderter Abkömmlinge“  
In: ZEV 1994, 29 - 31

Buchholz, Stephan  
„Insichgeschäft und Erbausschlagung – Überlegung zu einem Problem des § 1643 II BGB“  
In: NJW 1993, 1161 – 1166

Coing, Helmut  
„Die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern bei der Ausschlagung einer Erbschaft“  
In: NJW 1985, 6 - 11

Engler, Helmut

„Zur Auslegung des § 1643 Abs. II BGB: In welchen Fällen bedürfen die Eltern zur Ausschlagung einer Erbschaft für das Kind der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts?“

In: FamRZ 1972, 7 - 9

Ivo, Malte

„Die Erbausschlagung für das minderjährige Kind“

In: ZEV 2002, 309 – 314

Ivo, Malte

„Die Ausschlagung eines Sozialhilfeempfängers“

In: FamRZ 2003, 6 -9

Lange, Hermann

„Die Lücke im Kindschaftsrecht“

In: NJW 1961, 1889 - 1896

Linde, Trutz

„Zur Ausschlagung einer Erbschaft - Nasciturus, Sozialhilfe -“

In: BWNotZ 1988, 54 - 58

Pohl, Karl Wilhelm

„Mängel bei der Erbschaftsannahme und -ausschlagung“

In: AcP 177, 52 - 81

Reiß, Martin Thomas

„Verfassungsrecht und Vormundschaftsrecht“

In: MittBayNot 2000, 373 - 378

Sonnenfeld, Susanne und Zorn, Dagmar

„Wirksamwerden gerichtlich genehmigungsbedürftiger Rechtsgeschäfte“

In: Rpfleger 2004, 533 - 537

Sonnenfeld, Susanne

„Das Betreuungsverfahrensrecht nach dem FamFG“

In: Rpfleger 2009, 361 - 369

Klaus Rellermeyer

„Rechtspflegerrecht nach dem FGG-Reformgesetz“

In: Rpfleger 2009, 349 - 360



## **A) Vorwort**

Diese Arbeit behandelt im Schwerpunkt das Thema der Genehmigungsbedürftigkeit und der Genehmigungsfähigkeit der elterlichen Erbausschlagung für ihr minderjähriges Kind. Dabei sollen auch verfahrensrechtliche Betrachtungen angestellt werden. Zunächst wird die Genehmigungsbedürftigkeit behandelt und geklärt, in welchen Fällen eine Genehmigung erforderlich ist. Soweit eine Genehmigung nötig ist, folgen Betrachtungen zur Genehmigungsfähigkeit. Dabei wird auf ganz unterschiedliche Fälle der Praxis eingegangen. Der Schwerpunkt lag hier bei Sachverhalten eines werthaltigen Nachlasses. In diesem Zusammenhang wurde auch die Problematik der Sittenwidrigkeit der Ausschlagung zu Lasten eines Sozialhilfeträgers angesprochen. Es schließen sich Überlegungen zur Anwendung des § 181 BGB auf die Ausschlagung an. Eine kurze Darstellung des Verfahrensrechts bildet den Abschluss der Arbeit.

## **B) Genehmigungsbedürftigkeit der elterlichen Erbausschlagung**

### **I. Grundsatz der Genehmigungspflicht**

Eltern als gesetzliche Vertreter ihres minderjährigen Kindes bedürfen gem. § 1643 Abs. 1 i.V.m. § 1821, § 1822 Nr. 1, 3, 5, 8-11 BGB für einzelne Rechtsgeschäfte einer familiengerichtlichen Genehmigung. Der die Erbausschlagung regelnde § 1822 Nr. 2 BGB ist explizit ausgenommen, da der § 1643 Abs. 2 BGB als Sonderregelung die elterliche Erbausschlagung bestimmt. Dabei wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass dieses durch die Eltern vorgenommene Rechtsgeschäft genehmigungsbedürftig ist, § 1643 Abs. 2 S. 1 BGB.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Staudinger/Engler § 1643 Rn 33; Bamberger/Roth/Veit § 1643 Rn 4; PWW/Ziegler § 1643 Rn 3; Erman/Michalski § 1643 Rn 19; Zorn Rn 448; OLG Naumburg FamRZ 2007, 1047; Lange, NJW 1961, 1889ff.; Engler, FamRZ 1972, 7ff.; Dölle, § 94 IV 6.

## **II. Ausnahme vom Grundsatz der Genehmigungspflicht**

### **1. Anfall der Erbschaft an das minderjährige Kind erst und infolge der Ausschlagung eines vertretungsberechtigten Elternteils**

Von der eben erwähnten Genehmigungspflicht bestimmt das Gesetz eine Ausnahme in § 1643 Abs. 2 S. 1, 1. HS BGB, wenn die Erbschaft dem Kind erst und allein infolge der Ausschlagung eines Elternteils anfällt, der das Kind allein oder gemeinsam mit dem anderen Elternteil vertritt.<sup>2</sup>

#### **Beispiel. 1:**

*Der Großvater mütterlicherseits verstirbt und wird kraft Gesetzes gem. § 1924 Abs. 1 BGB von seiner Tochter beerbt. Diese schlägt die Erbschaft wirksam aus, §§ 1942 ff. BGB. Infolge dessen fällt die Erbschaft an den minderjährigen Enkel, § 1953 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Anschließend schlägt die Tochter des Erblassers zusammen mit ihrem Ehemann, welcher mit ihr gemeinsam die elterliche Sorge inne hat (§§ 1626, 1629 Abs. 1 S. 2 BGB), die Erbschaft für ihr Kind (Enkel des Erblassers) aus.*

Die Eltern bedürfen keiner familiengerichtlichen Genehmigung für die Ausschlagung, denn der Anfall der Erbschaft an den Enkel trat erst infolge der Ausschlagung der Mutter ein.

### **2. Normzweck**

Sinn und Zweck dieser Regelung liegt in der Annahme, dass der gesetzliche Vertreter zum Zeitpunkt seiner Ausschlagung gute Beweggründe für die Nichtannahme der Erbschaft hat. Er hat die Vor- und Nachteile seines Handelns abgewogen. Aus den gleichen Beweggründen schlägt er dann auch für sein minderjähriges Kind aus. Es

---

<sup>2</sup> Staudinger/Engler § 1643 Rn 35; Bamberger/Roth/Veit § 1643 Rn 5; PWW/Ziegler § 1643 Rn 2; Erman/Michalski § 1643 Rn. 20; Palandt/Diederichsen § 1643 Rn 3; Zorn Rn 448; OLG Naumburg FamRZ 2007, 1047; Lange, NJW 1961, 1889ff.; Engler, FamRZ 1972, 7ff.; Dölle, § 94 IV 6; OLG Frankfurt/M. Rpfleger 1962, 18f. = NJW 1962, 52; OLG Hamm NJW 1959, 2215ff.; LG Wuppertal MDR 1955, 37 = FamRZ 1955, 54; OLG Oldenburg, Beschluss vom 07.02.1957 – 3 Wlv 110/56; AG Bensberg FamRZ 1955, 269.

wird davon ausgegangen, dass die Ausschlagung für den Minderjährigen von Vorteil ist, wenn schon der Vertretungsberechtigte die Erbschaft nicht angenommen hat.<sup>3</sup>

### **3. Sorgeberechtigung**

#### **a) Allein- und Mitsorgeberechtigung des ausschlagenden Elternteils**

Die Genehmigungsfreiheit besteht des Weiteren nur insoweit, als dass die Erbschaft an das minderjährige Kind erst infolge eines *sorgeberechtigten* Elternteils anfällt.<sup>4</sup> Dabei ist es egal, ob der Ausschlagende allein- oder mitsorgeberechtigt ist, § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB. Bei gemeinsamer Sorgeberechtigung wird der Kinderschutz sogar noch dadurch erhöht, dass der mitsorgeberechtigte Elternteil, der die Erbschaft nicht für sich ausgeschlagen hat, bei der Ausschlagung für das Kind noch einmal die Vorteilhaftigkeit der Ausschlagung für das Kind prüft.

Demnach ist dann eine Genehmigung für die Erbausschlagung erforderlich, wenn die Erbschaft an das Kind durch die Ausschlagung eines Dritten oder eines Elternteils, der die elterliche Sorge nicht inne hat, anfällt.

#### **b) Alleinsorgerecht des nicht ausschlagenden Elternteils**

Fällt die Erbschaft an das Kind infolge der Ausschlagung der Erbschaft durch einen nicht sorgeberechtigten Elternteil an und schlägt anschließend der alleinsorgeberechtigte Elternteil für das minderjährige Kind aus, so ist dazu die familiengerichtliche Genehmigung erforderlich, da der ausschlagende Elternteil nicht die elterliche Sorge inne hat, § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB. Bei dieser Konstellation kann nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die Vor- und Nachteile der Annahme bzw. Ausschlagung einer Erbschaft für das minderjährige Kind ausreichend geprüft wurden, denn wenn der sorgeberechtigte Elternteil ausschlägt, überlegt er nicht für sich selbst, ob er anstelle des Kindes die Erbschaft annehmen würde oder nicht. Außerdem besteht die Möglichkeit, dass der sorgeberechtigte Elternteil nur ausschlägt, weil

---

<sup>3</sup> Staudinger/Engler § 1643 Rn 36; Bamberger/Roth/Veit § 1643 Rn 5; Palandt/Diederichsen § 1643 Rn 3; Zorn Rn 448; Brox/Walker § 22 II., Rn.304; Ivo, ZEV 2002, 309, 310; Engler FamRZ 1972, 7,9; OLG Frankfurt/M. NJW, 1962, 52 = Rpfleger 1962, 18; LG Wuppertal MDR 1955, 37 = FamRZ 1955, 54; Lange, NJW 1961, 1889ff.

<sup>4</sup> Dölle, § 94 IV 6; PWW/Ziegler § 1643 Rn 3; Erman/Michalski, BGB, § 1643 Rn 20; Bamberger/Roth/Veit § 1643 Rn 5; Engler FamRZ 1972, 7ff..

es der andere Elternteil auch tat, ohne die Ausschlagung noch einmal einer Prüfung zu unterziehen.

### **c) Sorgeerklärung durch die Eltern zur Herstellung gemeinsamer elterlicher Sorge vor der Ausschlagung für das minderjährige Kind**

Schlägt der nicht sorgeberechtigte Elternteil eine ihm angefallene Erbschaft für sich aus, fällt die Erbschaft anschließend an das Kind und geben die Eltern noch vor der Ausschlagung für das Kind eine Sorgeerklärung nach § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB ab, ist fraglich, ob die Eltern für die nachfolgende Ausschlagung für das Kind einer familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen. Entscheidend für die Lösung ist die Frage, auf welchen Zeitpunkt es für das Innehaben der elterlichen Sorge ankommt. Fraglich ist, ob der für sich ausschlagende Elternteil schon zum Zeitpunkt seiner Ausschlagung sorgeberechtigt sein muss oder ob es reicht, wenn die Mitsorgeberechtigung bei der Ausschlagung für das Kind vorliegt. Vom Normzweck ausgehend, reicht es, wenn der Elternteil die Sorge zum Zeitpunkt der Ausschlagung für das Kind inne hat, denn erst mit der Ausschlagung für das Kind kann von einem Gleichlauf der Interessen zwischen Elternteil und Kind ausgegangen werden. Erst die Ausschlagung für das Kind als Folgeausschlagung ermöglicht diesen Interessengleichlauf. Folgt man dieser Ansicht, ist keine Genehmigung erforderlich.

Dieses Ergebnis ist jedoch zweifelhaft. Dem Wortlaut von § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB folgend, muss der ausschlagende Elternteil schon im Zeitpunkt seiner Ausschlagung die elterliche Sorge inne haben, denn nur wenn die Erbschaft an das Kind infolge der Ausschlagung eines allein- oder mitsorgeberechtigten Elternteils anfällt, ist die anschließende Ausschlagung für das Kind genehmigungsfrei. Das impliziert, dass schon im Zeitpunkt der Ausschlagung des Elternteils, dieser die Sorge gehabt haben muss und durch die spätere Herstellung der elterlichen Sorge eine Genehmigungsbedürftigkeit nicht umgangen werden kann.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Bamberger/Roth/Veit § 1643 Rn 5.1; Ivo ZEV 2002, 309, 311.

#### **d) Sorgerechtsübertragung auf den anderen Elternteil zwischen eigener Ausschlagung und der für das minderjährige Kind**

Ein weiterer Problemfall bei der Erbausschlagung für ein minderjähriges Kind tritt auf, wenn der ausschlagende Elternteil zum Zeitpunkt seiner Ausschlagung die elterliche Sorge allein oder gemeinsam mit dem anderen Elternteil inne hat, diese jedoch noch vor der Ausschlagung für das Kind, auf den anderen Elternteil übertragen wird. Bei dieser Konstellation stellt sich erneut die Frage, ob eine Genehmigung für die Ausschlagung für das Kind erforderlich ist. Die Voraussetzungen des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB sind gegeben. Die Erbschaft fällt dem Kind erst infolge der Ausschlagung eines sorgeberechtigten Elternteils an. Allein vom Wortlaut wäre eine familiengerichtliche Genehmigung nicht erforderlich.

Hier folgt allerdings aus dem Normzweck des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB, dass die Sorgeberechtigung auch noch zum Zeitpunkt der Ausschlagung für das Kind vorliegen muss. Anders kann der Gleichlauf der Interessen zwischen ausschlagendem Elternteil und dem Kind nicht gewährleistet werden. Nur, wenn der vorher für sich ausschlagende Elternteil durch Innehaben der elterlichen Sorge auch für das Kind ausschlägt, ob allein oder gemeinsam mit dem anderen Elternteil, können die gleichgelagerten Interessen in der Folgeausschlagung für das Kind gewahrt werden. Demnach ist eine Genehmigung erforderlich, wenn der für sich ausschlagende Elternteil die elterliche Sorge vor der Ausschlagung für das Kind verliert.

#### **e) Übertragung der alleinigen Entscheidungsbefugnis nach § 1628 BGB**

Fraglich ist, ob es einer Genehmigung zur Ausschlagung für das minderjährige Kind bedarf, wenn dem zuvor für sich ausschlagenden Elternteil das alleinige Entscheidungsrecht für die Ausschlagung gem. § 1628 S. 1 BGB übertragen wird, nachdem der mitsorgeberechtigte Elternteil die Erklärung der Ausschlagung verweigert hat. Ohne die Übertragung des Entscheidungsrechts, wäre die Ausschlagung gem. § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB genehmigungsfrei. Zu keinem anderen Ergebnis kann man kommen, wenn die Entscheidungsbefugnis übertragen wird, weil sonst genehmigungsbedürftig wäre, was andernfalls genehmigungsfrei ist. Im Übrigen ist auch der Normzweck gewahrt. Es liegen gleichgelagerte Interessen zwischen denen des ausschlagenden Elternteils und denen des Kindes vor.

## 4. Gewillkürte Erbfolge

### a) Minderjähriges Kind als Ersatzerbe

#### **Beispiel. 2:**

*Wie Beispiel 1 nur, dass diesmal die Tochter des Erblassers durch Verfügung von Todes wegen als Alleinerbin eingesetzt wird und der Enkel (Sohn der Tochter) als Ersatzerbe.*

Schlägt die Tochter für sich aus und anschließend die Eltern für ihr Kind, bedürfen sie wiederum keiner familiengerichtlichen Genehmigung, da es nicht auf die Art der Berufung ankommt, sondern allein auf die Tatsache, dass das minderjährige Kind erst infolge der Ausschlagung eines Sorgeberechtigten zur Erbfolge gelangt.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt man, wenn die als Alleinerbin eingesetzte Tochter nur die Erbschaft als gewillkürte, nicht jedoch als gesetzliche Erbin ausschlägt (§ 1948 Abs. 1 BGB) und anschließend gemeinsam mit ihrem mitsorgeberechtigten Ehegatten die an das minderjährige Kind angefallene Erbschaft. Bei der Erbausschlagung für ihr Kind bedürfen die Eltern einer gerichtlichen Genehmigung<sup>6</sup>, denn nach dem Normzweck brauchen sie nur dann keine Genehmigung, wenn sie die Erbschaft selbst nicht wollen, weil sie unwirtschaftlich ist und deshalb auch für das Kind ausschlagen. Hier verliert die Mutter jedoch nur ihre testamentarische Erbenstellung. Die nachfolgende Ausschlagung für das Kind hat nur noch die Funktion, die Erbenstellung des minderjährigen Kindes zu beseitigen. Dieses Verhalten ist mit dem Normzweck nicht zu vereinbaren.

---

<sup>6</sup> OLG Frankfurt NJW 1955, 466 ff.; OLG Frankfurt FamRZ 1969, 658 ff.; Bamberger/Roth/Veit § 1643 Rn 5.1; Staudinger/Engler § 1643 Rn 39.

## **b) Minderjähriges Kind als Nacherbe**

Im Falle der Ausschlagung des als Vorerbe eingesetzten sorgeberechtigten Elternteils für das als Nacherbe eingesetzte Kind ist zweifelhaft, ob es einer Genehmigung bedarf oder nicht. Es wird die Auffassung<sup>7</sup> vertreten, dass die Ausschlagung genehmigungsfrei ist. Begründet wird diese Ansicht damit, dass § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB entsprechende Anwendung findet, da dem Kind die Erbschaft erst infolge der elterlichen Ausschlagung anfällt. Es wird davon ausgegangen, dass das Anwartschaftsrecht des Nacherben keine derart gefestigte Position darstellt, wie es bei einer dinglichen Erbenstellung der Fall wäre. Da sich diese dingliche Erbenstellung nach Ansicht des KG<sup>8</sup> erst mit Eintritt des Nacherbfalls ergibt, kann vorher keine nebeneinander stehende Berufung vorliegen. Dem kann entgegengehalten werden, dass das Kind bereits mit Eintritt des Erbfalls Nacherbe (nicht dinglicher Erbe) wird und damit von Anfang an durch sein Anwartschaftsrecht neben dem Elternteil berufen ist, sodass sich die Genehmigungsbedürftigkeit aus § 1643 Abs. 2 S. 2, 2.HS BGB ergibt.

## **c) Minderjähriges Kind als Ersatznacherbe**

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man auch, wenn der Minderjährige als Ersatznacherbe und der vertretungsberechtigte Elternteil als Nacherbe eingesetzt sind.<sup>9</sup> Auch in diesem Fall bleibt es bei der Ausnahme vom grundsätzlichen Genehmigungserfordernis, wenngleich Zweifel im Hinblick darauf bestehen könnten, dass der Minderjährige als Ersatzerbe für den Nacherben eintritt, wenn dieser ausschlägt und anschließend für den Minderjährigen ausgeschlagen wird. Denn die Erbschaft fällt genau genommen nicht an den Minderjährigen. Der Nacherbe hat lediglich ein Anwartschaftsrecht, die Erbschaft fällt erst mit Nacherbfall an den Nacherben. Dennoch ist auch diese Ausschlagung genehmigungsfrei, berücksichtigt man den Normzweck.

---

<sup>7</sup> KGJ 53, 33.

<sup>8</sup> KG, aaO.

<sup>9</sup> Staudinger/Engler § 1643 Rn 41.

## 5. Motiv der Erbausschlagung für das Kind

### a) Grundsatz der Nichtbeachtung des Motivs

Fraglich ist, ob es bei der Prüfung der Genehmigungsbedürftigkeit der elterlichen Erbausschlagung auch auf das Motiv der Ausschlagung ankommt.

#### **Beispiel 3:**

*Der Großvater mütterlicherseits verstirbt und wird kraft Gesetzes § 1924 Abs. 1 BGB von seiner Tochter beerbt. Der Nachlass umfasst ein großes Vermögen. Die Tochter schlägt die Erbschaft wirksam aus, §§ 1942 ff. BGB. Infolge dessen fällt die Erbschaft an das minderjährige Kind, § 1953 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Anschließend schlägt die Tochter des Erblassers zusammen mit ihrem Ehemann, welcher mit ihr zusammen die elterliche Sorge inne hat (§§ 1626, 1629 Abs. 1 S. 2 BGB), die werthaltige Erbschaft für ihr Kind (Enkel des Erblassers) aus.*

Die Ausschlagung für das Kind wäre unter Beachtung der oben genannten Voraussetzungen genehmigungsfrei, denn die Ausnahmen des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB sind erfüllt. Die Erbschaft fällt dem minderjährigen Kind erst und allein infolge der Ausschlagung eines sorgeberechtigten, hier mitsorgeberechtigten, Elternteils an. Fraglich ist, ob die Ausschlagung eines werthaltigen Nachlasses etwas an der Genehmigungsfreiheit ändert. § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB stellt nicht auf den der Ausschlagung ab. Auf die Unterscheidung eines z.B. überschuldeten oder werthaltigen Nachlass kommt es mithin nicht an. Auch die Ausschlagung wegen fehlender familiärer Verbindung zum Erblasser wird nicht besonders geregelt.

Auf das Motiv kommt es daher grundsätzlich nicht an, wenn ansonsten die Voraussetzungen des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB vorliegen, die Ausschlagung also der Genehmigungsfreiheit unterliegt. Daher bedarf es auch im Beispiel 3 keiner familiengerichtlichen Genehmigung.



## **b) Ausnahme von der Nichtbeachtung des Motivs bei Interessenkollision**

Wie unter A) II. 5. a) erwähnt, ist das Motiv der elterlichen Erbausschlagung für ein minderjähriges Kind unbeachtlich, wenn die Voraussetzungen für eine genehmigungsfreie Erbausschlagung vorliegen.

Im Wege teleologischer Reduktion des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB ist die Motivation der Eltern jedoch dann beachtlich, wenn die Interessenlagen der Eltern und des Kindes auseinanderfallen.

### **Beispiel 4:**

*Der Großvater mütterlicherseits verstirbt und wird kraft Gesetzes § 1924 Abs. 1 BGB von seiner Tochter beerbt. Diese schlägt die Erbschaft wirksam aus, §§ 1942 ff. BGB. Infolge dessen fällt die Erbschaft an die minderjährigen Enkel (K1 und K2), § 1953 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Anschließend schlägt die Tochter des Erblassers gemeinsam mit ihrem Mitsorgeberechtigten die Erbschaft für K1 aus.*

Die Ausschlagung für K1 wäre unter Beachtung des § 1643 Abs. 2 BGB grundsätzlich genehmigungsfrei, denn die Erbschaft ist K1 erst und allein infolge der Erbausschlagung durch seine mitsorgeberechtigte Mutter angefallen. Zweifelhaft ist allerdings, ob die Eltern die Erbschaft für K1 ausgeschlagen haben, weil sie, wie es der Normzweck vorsieht, einen z.B. unwirtschaftlichen Nachlass von K1 fernhalten wollen. Die gleichgelagerten Interessen zwischen Eltern und Kind sollen sich dadurch ausdrücken, dass zunächst die Eltern bei ihrer Ausschlagung Vor- und Nachteile der Annahme der Erbschaft abwägen und anschließend aus eben diesen nachteiligen Gründen die Erbschaft auch für das Kind ausschlagen. Von dieser elterlichen Überlegung kann in Bsp.4 jedoch nicht ausgegangen werden, denn für K2 wird die Erbschaft gerade nicht ausgeschlagen. Mit dem gesetzgeberischen Normzweck würde dies bedeuten, dass die Eltern K2 bewusst mit einer unwirtschaftlichen Erbschaft schädigen wollen. Diese Absicht der Eltern ist jedoch eher unwahrscheinlich. Eine andere viel wahrscheinlichere Möglichkeit liegt darin, dass die Eltern dem K2 eine werthaltige Erbschaft zukommen lassen, indem sie die entsprechenden Erbausschlagungserklärungen abgeben.

In einer solchen Konstellation, in der die Eltern die Erbschaft in eine konkrete Richtung lenken wollen, aber auch in dem viel unwahrscheinlicheren Fall, dass die Eltern

einem Kind eine unwirtschaftliche Erbschaft zukommen lassen wollen, ist die Motivation bei der Frage der Genehmigungsbedürftigkeit ausnahmsweise beachtlich, denn hier wird ganz klar vom gesetzgeberischen Normzweck abgewichen.<sup>10</sup>

Im Ergebnis benötigen die Eltern eine familiengerichtliche Genehmigung für die Ausschlagung für K1 in Beispiel 4.

### **Beispiel 5:**

*Wie Beispiel 4 nur, dass K2 volljährig ist.*

Fraglich ist, ob die Eltern in diesem Fall auch die familiengerichtliche Genehmigung für die Erbausschlagung brauchen.

Die Erbausschlagung für K1 wäre wiederum grundsätzlich genehmigungsfrei, § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB, denn die Erbschaft ist dem K1 erst und allein infolge der Erbausschlagung durch seine mitsorgeberechtigte Mutter angefallen. Fraglich ist, ob auch hier ein Interessenkonflikt zwischen den Eltern und dem K1 vorliegt, der mit dem Normzweck nicht zu vereinbaren wäre, sodass die Ausschlagung genehmigungsbedürftig ist.

Im Bsp. 4 schlagen die Eltern die Erbschaft für K1 aus und nehmen sie gleichzeitig für K2 an. Diese Annahme ist im Bsp. 5 nicht erforderlich, denn der volljährige K2 steht nicht mehr unter elterlicher Sorge § 1626 Abs. 1 S. 1 BGB arg.. D.h. im Bsp. 4 schlagen die Eltern nur für K1 aus, weil sie für K2 annehmen wollen. Hier kann die Motivation der Eltern objektiv nachgeprüft werden, nämlich durch die Annahme für K2. Im Bsp. 5 ist die Motivation der Eltern nicht mehr nachprüfbar, denn für K2 müssen sie nicht annehmen. Mithin ist bei dieser Konstellation denkbar, dass die Eltern durchaus aus Gründen des Normzwecks ausschlagen. An einer objektiv nachprüfaren Motivation durch eine Handlung der Eltern fehlt es.

Im Ergebnis bedürfen die Eltern daher keiner familiengerichtlichen Genehmigung. Zu einem anderen Ergebnis zu kommen, würde bedeuten, dass das Gericht immer die Motivation der Eltern zu prüfen hätte, das wäre nicht praktikabel.

---

<sup>10</sup> Bamberger/Roth/Veit § 1643 Rn 5.1; Erman/Michalski § 1643 Rn 22; Zorn, Rn 448 m.w.N.

### III. Ausnahme von der Genehmigungsfreiheit

Mit § 1643 Abs. 2 S. 2, 2. HS. BGB sieht das Gesetz wieder eine Genehmigungsbedürftigkeit der elterlichen Erbausschlagung vor. Damit schließt sich das System des § 1643 Abs. 2 BGB, das ein Prinzip von Grundsatz - Ausnahme - Gegenausnahme vorsieht und damit dem Minderjährigen umfassenden Schutz bietet.

Danach ist die Erbausschlagung für das minderjährige Kind selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1643 Abs. 2 S.2, 1. HS BGB genehmigungsbedürftig, wenn neben dem Kind der ausschlagende Elternteil berufen ist.<sup>11</sup>

#### Beispiel 6:

*F stirbt und wird aufgrund gesetzlicher Erbfolge beerbt von Ihrem Ehemann M zu ½ und ihrem minderjährigen Kind K zu ½. Der nunmehr alleinsorgeberechtigte M, §§ 1629 Abs. 1 S. 3, 1680 Abs. 1 BGB, schlägt die Erbschaft für sich und K aus.*

Hier bedarf der Vater M der familiengerichtlichen Genehmigung, da dieser neben K zum Erben berufen war, § 1643 Abs. 2 S. 2, 2.HS BGB.

#### 1. Zweck der Gegenausnahme

Grundlage der Regelung ist die Einhaltung des Normzwecks des § 1643 BGB. Denn ist der ausschlagende, vertretungsberechtigte Elternteil neben dem Kind berufen, wird dieses nicht erst allein durch die Ausschlagung des Elternteils Erbe, sondern war es bereits vorher. Es kann also nicht davon ausgegangen werden, dass der Elternteil seine Ausschlagung vor dem Hintergrund prüft, ob die Erbschaft auch für das Kind selbst von Vor- oder Nachteil ist. Diese Annahme besteht nur, wenn die Erbschaft erst und infolge der Ausschlagung durch den vertretungsberechtigten Elternteil an das Kind fällt. War der Minderjährige bereits vorher Erbe entfällt diese Vermutung. Eine weitere Bedeutung der Gegenausnahme ergibt sich aus Beispiel 7 (unten 2.).

---

<sup>11</sup> OLG Frankfurt/M. Rpfleger 1962, 18 = NJW 1962, 52; OLG Hamm NJW 1959, 2215; Staudinger/Engler § 1643 Rn 40; PWW/Bearbeiter § 1643 Rn 3; Erman/Michalski § 1643 Rn 22; Bamberger/Roth/Veit § 1643 Rn 5.

## 2. Berufung neben dem nicht für sich ausschlagenden Elternteil

In Beispiel 6 war K zu  $\frac{1}{2}$  neben seinem Vater berufen, welcher für sich und anschließend für K die Erbschaft ausgeschlagen hat. Der Wortlaut des § 1643 Abs. 2 S. 2, 2. HS BGB ist damit erfüllt. Fraglich ist die Rechtslage, wenn das minderjährige Kind neben dem anderen Elternteil berufen ist, der die Erbschaft nicht für sich ausschlägt, also nicht für den Erbschaftsanfall an das Kind sorgt.

### Beispiel 7:

*Eine Familie bestehend aus Mutter, Vater, minderjährigen Kindern (K1 und K2), K1 stirbt unverheiratet ohne Abkömmlinge. K1 wird gesetzlich beerbt von seinen Eltern zu gleichen Teilen, also zu je  $\frac{1}{2}$ , §§ 1925 Abs. 1 BGB 1925 Abs. 2 BGB. Der Vater schlägt die ihm angefallene Erbschaft aus. Gem. § 1925 Abs. 3 S. 1 BGB tritt nunmehr K2 an seine Stelle. Jetzt wollen der Vater und die Mutter, die die elterliche Sorge gemeinsam inne haben, die Erbschaft für K2 ausschlagen.*

Bei der Ausschlagung für K2 ist der Vater nicht neben dem Kind berufen. Erst durch die Ausschlagung des Vaters ist K2 Erbe geworden. K2 ist nunmehr nur neben seiner Mutter berufen und damit nicht neben dem Elternteil, welcher durch seine Ausschlagung für den Anfall an das Kind gesorgt hat. Nach dem Wortlaut der Gegen Ausnahme des § 1643 Abs. 2 BGB muss das Kind neben dem vertretungsberechtigten, für den Anfall verantwortlichen Elternteil berufen sein, damit die Genehmigungsbedürftigkeit wieder auflebt. Im Beispiel 7 würde die Genehmigungsbedürftigkeit nicht aufleben, weil die Mutter, wenn auch vertretungsberechtigt, nicht für den Anfall verantwortlich war.

Dieses Ergebnis ist unbefriedigend. Durch dieses Ergebnis entstünde ein möglicher Interessenwiderstreit, welcher gerade durch die Gegen Ausnahme vermieden werden soll. Interessenwiderstreit meint die nebeneinander bestehende Berufung von Mutter und Kind. Der Schutz des Mündels ist oberstes Ziel. Der oben erwähnte Zweck der Gegen Ausnahme wird hier erweitert. Daher kann die Gegen Ausnahme des § 1643 Abs. 2 S. 2, 2. HS. BGB nur so verstanden werden, dass es darauf ankommt, ob das minderjährige Kind neben einem Elternteil berufen ist oder nicht.<sup>12</sup> Dabei ist es uner-

---

<sup>12</sup> Staudinger/Engler § 1643 Rn 40.

heblich, ob dieser Elternteil vorher für den Anfall der Erbschaft an das Kind gesorgt hat oder nicht.

### **3. Zeitpunkt der nebeneinander bestehenden Berufung**

Fraglich ist, auf welchen Zeitpunkt es bei der Prüfung der nebeneinander bestehenden Berufung ankommt. Zu überlegen ist, ob die gleichzeitige Berufung bereits von Anfang an, also mit dem Erbfall bestehen muss oder ob sie auch durch spätere Ereignisse eintreten kann.

Zur Beantwortung dieser Frage wird auf die Beispiele 6 und 7 verwiesen. In Bsp. 6 besteht die gleichzeitige Berufung bereits mit dem Erbfall. Dadurch ergeben sich keine Probleme bei der Beurteilung der Gegen Ausnahme. In Bsp.7 fällt dem minderjährigen Kind die Erbschaft erst durch die Ausschlagung des Vaters an. Erst jetzt ist das Kind neben seiner Mutter berufen. Käme es für die Beurteilung der Gegen Ausnahme auf die Ausschlagung des Vaters an, wäre die Gegen Ausnahme nicht erfüllt, eine Genehmigungsbedürftigkeit mithin nicht gegeben. Würde es auf den Zeitpunkt der Ausschlagung für das Kind ankommen, wäre eine Genehmigungsbedürftigkeit gegeben. Auch hier kommt es für die Beantwortung der Frage der Genehmigungsbedürftigkeit auf den Sinn und Zweck der Gegen Ausnahme an. Danach kann es nur auf den Zeitpunkt der Ausschlagung für das Kind ankommen, als das Kind bereits neben der Mutter berufen war. Erst hier besteht eine mögliche Interessenkollision zwischen dem Kind und der Mutter.

### **4. Teleologische Reduktion bei gleichzeitiger Ausschlagung des Elternteils für sich und für das Kind**

Schon kleinste Abweichungen in einer Konstellation können zu einem anderen Ergebnis führen. Dazu soll ein weiteres Beispiel gebildet werden:

#### **Beispiel 8:**

*Wie Beispiel 7, nur dass die Ausschlagung des Vaters für sich und die Ausschlagung für das Kind gleichzeitig erfolgen.*

So ähnlich sich die Fälle sind, ist das Ergebnis zunächst ein anderes. Im Beispiel 8 bräuchten die Eltern bei wörtlicher Anwendung der Gegen Ausnahme des § 1643 Abs. 2 S. 2, 2. HS BGB keine familiengerichtliche Genehmigung, denn K2 ist durch die gleichzeitige Ausschlagung der väterlichen und seiner ihm durch die väterliche Ausschlagung angefallene Erbschaft nicht neben seiner Mutter berufen. Damit ist die Gegen Ausnahme nicht erfüllt. Es wird daher die Ansicht<sup>13</sup> vertreten, dass die Gegen Ausnahme dahingehend teleologisch zu reduzieren ist, dass in einer solchen Konstellation, in der der andere Elternteil, hier die Mutter, Miterbe ist und für sich nicht ausschlägt und infolge der gleichzeitigen Ausschlagung für den anderen Elternteil und für das Kind Alleinerbe wird oder zumindest einen erhöhten Erbteil bekommt, eine Genehmigung erforderlich ist. Ohne diese Reduzierung wären die Kindesinteressen nicht ausreichend gewahrt. Dieser Ansicht kann ohne Vorbehalt gefolgt werden, da sich für die Eltern kein Ausweg aus der Genehmigungsbedürftigkeit ergeben darf, wenn dadurch die Kindesinteressen gefährdet werden könnten.

#### **Beispiel 9:**

*Wie Beispiel 8 nur, dass die Eltern die ihnen durch den Tod des K 1 angefallene Erbschaft jeweils für sich gleichzeitig ausschlagen und anschließend die Ausschlagung für K2 erklären.*

Fraglich ist, ob die Eltern einer Genehmigung bedürfen. K2 ist erst und allein durch die Ausschlagung beider Eltern die Erbschaft angefallen, sodass die Ausschlagung gem. § 1643 Abs. 2 S. 2, 1. HS. BGB genehmigungsfrei ist. Die Gegen Ausnahme des § 1643 Abs. 2 S. 2, 2. HS. BGB ist nicht erfüllt, da das minderjährige Kind hier zu keinem Zeitpunkt neben einem Elternteil berufen war. Im Ergebnis ist die Ausschlagung für das Kind also genehmigungsfrei.

#### **Beispiel 10:**

*Wie Beispiel 8 nur, dass zunächst der Vater für sich und dann nachfolgend die Mutter für sich die Ausschlagung der Erbschaft nach K1 erklären. Anschließend erklären beide Elternteile die Ausschlagung für K2.*

---

<sup>13</sup> Ivo, ZEV 2002, 309,312.

In dieser Konstellation erklären zwar auch die Eltern zunächst für sich die Ausschlagung und dann erst für das Kind, allerdings ist dieses durch die nacheinander erklärte Ausschlagung der Eltern für einen gewissen Zeitraum und mag dieser noch so kurz sein, neben der Mutter berufen, sodass sich die Genehmigungsbedürftigkeit aus der Gegenausnahme des § 1643 Abs. 2 S. 2, 2. HS. BGB ergibt.

## 5. Nebeneinander bestehende Berufung im Fall des § 1951 BGB

### Beispiel 11:

*F ist aus verschiedenen Berufsgründen gem. § 1951 Abs. 1 BGB nach ihrer Mutter G zu  $\frac{1}{2}$  und  $\frac{1}{4}$  berufen. F schlägt den  $\frac{1}{4}$  Anteil aus, welcher dadurch ihrer Tochter T anfällt. Diese ist nunmehr Erbin zu  $\frac{1}{4}$  nach G. Der  $\frac{1}{4}$ -Anteil ist T erst durch die Ausschlagung der F angefallen. T ist zu  $\frac{1}{4}$  neben F zu  $\frac{1}{2}$  berufen. F und ihr Ehemann M, der Vater der T, schlagen als gemeinsam Sorgeberechtigte die Erbschaft für T aus.*

Dazu bedürfen die Eltern der familiengerichtlichen Genehmigung gem. § 1643 Abs. 2 S. 2, 2 HS. BGB, da F neben T berufen war.<sup>14</sup> Dieses Ergebnis ist allerdings nicht unumstritten. Dölle<sup>15</sup> verneint in dieser Konstellation eine Genehmigungsbedürftigkeit mit Hinweis darauf, dass die nebeneinander bestehende Berufung der Mutter und der Tochter nur dadurch zustande gekommen ist, dass die Mutter überhaupt erst einen ihrer Anteile ausgeschlagen hat. Mithin kann es in einem solchen Fall nicht zu einer Genehmigungsbedürftigkeit kommen, weil der Elternteil die Vorteilhaftigkeit der Ausschlagung für sich geprüft hat und daher aus dem Normzweck heraus auch die Ausschlagung für das Kind nur von Vorteil sein kann. Dölle stellt also darauf ab, wann die nebeneinander bestehende Berufung war, ob schon von Anfang an oder ob diese erst später eingetreten ist.

Diese Problematik wurde bereits unter A) III. 3. erläutert. Entgegen dem Wortlaut des § 1643 Abs. 2 S. 2, 2.HS BGB kommt es nicht darauf an, dass die gleichzeitige Berufung bereits von Anfang an besteht. Auch wenn die Argumentation Dölles durchaus plausibel erscheint, liegt eine mögliche Interessenkollision zwischen Mutter und Tochter erst zum Zeitpunkt der Ausschlagung für das Kind vor und nicht bereits

---

<sup>14</sup> PWW/Ziegler § 1643 Rn 3.

<sup>15</sup> Dölle, § 94 IV 6.

schon bei der Ausschlagung für die Mutter. Im Übrigen muss beachtet werden, dass die Mutter hier nur einen Teil der Erbschaft ausschlägt. Die Annahme, dass die Erbschaft für das minderjährige Kind nicht von Vorteil sein kann, weil die Mutter bereits einen Teil ausgeschlagen und die Vorteilhaftigkeit geprüft hat, überzeugt aus diesem Grund nicht.

### **C) Anwendbarkeit des § 181 BGB auf die elterliche Erbausschlagung**

Gemeint ist hier der umgekehrte, in § 1643 Abs. 2 BGB nicht geregelte Fall, dass die Erbschaft nicht durch die Ausschlagung der Eltern an das Kind, sondern durch Ausschlagung für das Kind an die Eltern fällt. Es wird die Auffassung vertreten, dass hier ein Fall des § 181 BGB gegeben ist, mit der Folge das für das Kind ein Ergänzungspfleger gem. § 1909 BGB zu bestellen ist.<sup>16</sup> Dabei geht Buchholz davon aus, dass im konkreten Fall eine Mehrvertretung vorliegt. Bei der Ausschlagungserklärung handelt es sich um eine einseitige, amtsempfangsbedürftige Willenserklärung, die dem Nachlassgericht gegenüber zu erklären ist, § 1945 Abs. 1 BGB. Damit liegt keine Mehrvertretung im eigentlichen Sinne vor. Buchholz interpretiert § 181 BGB jedoch extensiv, sodass sich als weiterer Erklärungsempfänger der nächstberufene Erbe, hier der Elternteil ergibt. Damit konstruiert Buchholz eine Situation, in welcher der Elternteil durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht § 181 BGB umgehen könnte, bei einer Erklärung gegenüber sich selbst, aber der Mehrvertretung unterläge.

Diese Meinung überzeugt indes nicht § 1643 Abs. 2 BGB bietet ausreichenden Schutz. Die Ausschlagungserklärung für das Kind mit der Folge, dass die Erbschaft an die Eltern bzw. an einen Elternteil fällt, ist gem. § 1643 Abs. 2 S. 1 BGB genehmigungsbedürftig. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens hat das Familiengericht die Genehmigungsfähigkeit zu prüfen. Dabei wird dem Kindesschutz ausreichend genüge getan, indem und die Genehmigung ggf. versagt. Es besteht daher kein Anlass, im Wege der Extension des § 181 BGB das Genehmigungsverfahren noch um eine Pflegerbestellung zu erweitern, welche durch den ausreichenden Schutz des § 1643 Abs. 2 BGB unnötig erscheint.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Buchholz, NJW 1993, 1161ff.

<sup>17</sup> So auch Coing NJW 1985, 6ff.; OLG Frankfurt FamRZ 1964, 154.



## **D) Genehmigungsfähigkeit der elterlichen Erbausschlagung**

### **I. Grundsätze des Genehmigungsverfahrens**

Liegen die Voraussetzungen des § 1643 Abs. 2 BGB insoweit vor, als dass die Eltern einer Genehmigung für die Ausschlagung für ihr Kind bedürfen, hat das Familiengericht, § 1643 BGB, § 23b GVG, § 621 Nr. 1 ZPO, § 64 Abs. 1 FGG, von Amts wegen gem. § 12 FGG zu prüfen, ob die Genehmigung erteilt werden kann, mithin ob die Ausschlagung genehmigungsfähig ist. Die Erteilung oder Nichterteilung der Genehmigung ist eine Ermessensentscheidung des Familiengerichts unter Berücksichtigung aller zu beurteilenden Gesamtumstände, mithin aller Vor- und Nachteile.<sup>18</sup> Dabei hat das Gericht seine Entscheidung am Kindeswohl auszurichten und die Belange Dritter außer Acht zu lassen.<sup>19</sup> Das Familiengericht darf seine Entscheidung nicht von der Wirksamkeit der Ausschlagung abhängig machen.<sup>20</sup>

### **II. Ausschlagung eines überschuldeten Nachlasses**

#### **1. Nachgewiesene Überschuldung**

Es erscheint im ersten Moment einfach, die Genehmigungsfähigkeit eines überschuldeten Nachlasses zu bejahen. Das mag in Fällen der eindeutigen, nachgewiesenen Überschuldung auch tatsächlich der Fall sein. Eine vorgetragene Überschuldung kann u.U. durch das Familiengericht dadurch nachvollzogen werden, dass es sich die Nachlassakte beizieht. Aus dieser können sich Anhaltspunkte für die Überschuldung ergeben. So können weitere Ausschlagungen und Gläubigeranfragen ein Indiz für die Überschuldung sein. Die Eltern des minderjährigen Kindes können beim Familiengericht ein Nachlassverzeichnis einreichen, aus dem sich ergibt, dass keinerlei Vermögen vorhanden bzw. der Nachlass überschuldet ist. Haben die Eltern Zutritt zur Wohnung des Erblassers, wird es leicht fallen, Anhaltspunkte für eine Überschuldung zu finden. So ist es denkbar, bei der Sichtung der Erblasserunterlagen Schriftwechsel mit Gläubigern zu finden, mögliche Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse, vor-

---

<sup>18</sup> BayObLG Rpfleger 1989, 455f.; OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 1236.

<sup>19</sup> BayObLG aaO; OLG Bremen, Beschluss vom 06.04.1961 – 3 W 38/61.

<sup>20</sup> BayObLGZ 1969, 14ff.

läufige Zahlungsverbote, einen Insolvenzeröffnungsbeschluss, einen aktuellen ALG II Bescheid, Mahnungen, Ratenzahlungsvereinbarungen, Kontoauszüge usw.. Zwar müssen einige dieser Anhaltspunkte für sich gesehen keine Überschuldung nachweisen. So ist ein ALG II Empfänger nicht gleichzeitig oder schon allein durch die Tatsache der Arbeitslosigkeit überschuldet. Liegen obige Indizien aber beispielsweise kumuliert vor, so kann das Familiengericht wohl zu der Überzeugung gelangen, dass eine Überschuldung gegeben ist. Zu der Überzeugung gelangen meint nicht, dass eine Überschuldung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden muss. Oftmals wird es gar nicht möglich sein, hundertprozentig die Überschuldung nachzuweisen. Dem Gericht müssen Anhaltspunkte vorliegen, die eine Überschuldung sehr wahrscheinlich erscheinen lassen und den Sachvortrag der Eltern stützen. Ein höheres Maß an Nachweisen darf nicht gefordert werden, da sonst gesetzlich nicht geregelte Anforderungen an die Eltern gestellt werden, denen sie u.U. nicht gerecht werden können.

In einem Fall, in dem dem Familiengericht die Überschuldung nachgewiesen ist bzw. die Anzeichen für eine Überschuldung ganz offensichtlich sind, dürfte die Genehmigungsfähigkeit regelmäßig zu bejahen sein.

## **2. Nicht nachgewiesene Überschuldung**

Problematisch sind die Fälle, in denen eine Überschuldung zwar vorgetragen wird, jedoch kein Nachweis möglich oder nur unter erschwerten Umständen möglich ist, z.B. weil sich aus der Nachlassakte nichts Weiteres ergibt als die zu genehmigende Ausschlagungserklärung, der ausschlagende Elternteil zum Erblasser keinen Kontakt hatte und daher einen Nachweis für die Überschuldung nicht führen kann, eine Überschuldung nur versichert wird. In diesen Fällen wird das Gericht nur schwerlich zu der Überzeugung gelangen können, es läge eine Überschuldung vor. Zwar wird das Gericht von Amts wegen tätig (§ 26 FamFG), jedoch kann es die Aufgaben der Eltern nicht im Ganzen übernehmen. Hier bedarf es der Mitwirkung der Eltern (jetzt § 27 FamFG).<sup>21</sup> Fraglich ist allerdings, was von den Eltern gefordert werden kann. Zu überlegen ist, inwiefern die Eltern dazu verpflichtet sind, die Überschuldung nachweisende Unterlagen einzureichen. Aus dem Gesetz ergibt sich eine Pflicht nicht. In Fällen, in denen eine Pflicht der Eltern nicht geregelt ist, muss also zunächst die Amt-

---

<sup>21</sup> OLG Frankfurt Rpfleger 1978, 310.

sermittlung genügen. Zu beachten ist jedoch, dass das Gericht bei der Amtsermittlung bald an seine Grenzen stößt. Wie oben erwähnt, kann zunächst die Nachlassakte herangezogen werden. Ergibt sich aus dieser die Überschuldung nicht bzw. ergeben sich keine Anhaltspunkte, dann liegt die Nachweislast für die vorgetragene Überschuldung bei den Eltern und zwar auch dann, wenn es keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gibt. Denn nur weil das Gericht nicht in der Lage ist die Überschuldung festzustellen oder Anhaltspunkte zu finden, kann nicht automatisch auf eine Überschuldung, wie sie die Eltern vortragen, geschlossen werden. In diesem Fall müssen die Eltern tätig werden. Der zunächst naheliegendste Überschuldungsnachweis wäre eine Bankauskunft. Die Eltern können sich allerdings gegenüber den Banken nicht legitimieren. Dazu bräuchten sie einen Erbschein, dessen Beantragung aber einer Erbschaftsannahme gleich kommt.<sup>22</sup> Auch anderen öffentlichen Behörden gegenüber können sich die Eltern als Vertreter des minderjährigen Erben nicht legitimieren. So erhalten die Eltern z.B. keine Auskunft aus dem Schuldnerverzeichnis. In einem solchen Fall, in dem keine Nachweise vorliegen, ein Zutritt zur Wohnung des Erblassers nicht möglich ist, weil der Erblasser z.B. örtlich weit entfernt lebt und den Eltern das Geld fehlt an den letzten Wohnort des Erblassers zu reisen, wird das Gericht zunächst von den Eltern fordern müssen, die ihnen bekannten Umstände vorzutragen, welche sie zu der Überzeugung kommen lassen, dass der Nachlass überschuldet ist. Sollte es den Eltern finanziell zuzumuten sein an den Wohnort des Erblassers zu reisen, so können diese selbstverständlich vor Ort Indizien für eine Überschuldung finden. Die Eltern können mit Freunden und Bekannten Kontakt aufnehmen. Bei Zutritt zur Wohnung können sie wie oben erwähnt dort nach Nachweisen suchen.

Im Ergebnis muss der Rechtspfleger unter Abwägung des elterlichen Gesamtvortrages entscheiden. Die Genehmigung darf nicht deshalb versagt werden, weil es den Eltern nicht möglich ist, schlüssige Nachweise zu erbringen. In einem Fall, bei dem die vorgetragene Umstände nur ganz spärlich nachgewiesen werden können, vielleicht durch einen alten Kontoauszug oder die Aussage von Bekannten, darf das Gericht keine zu strengen Maßstäbe setzen. Gleichzeitig darf eine solche Situation nicht dazu führen, dass das Genehmigungsverfahren bei Überschuldung grundsätzlich großzügig behandelt wird. Denn es müssen auch die Alternativen zu einer Ausschlagung beachtet werden, wie die der Haftungsbeschränkung nach § 1629a BGB, des

---

<sup>22</sup> Brox/Walker, § 22 V., Rn. 310.

Nachlassinsolvenzverfahrens nach § 1975 BGB, §§ 315-331 InsO und der Anfechtung der Annahme gem. § 1954, § 1957 Abs. 1 BGB.

**a) Haftungsbeschränkung gem. § 1629a BGB**

Für Verbindlichkeiten, welche während der Minderjährigkeit durch Erwerb von Todes wegen entstanden sind, haftet das Kind mit dem Vermögen, welches bei Eintritt der Volljährigkeit vorhanden ist, § 1629a Abs. 1 S. 1 BGB. Soweit sich der dann Volljährige auf die Beschränkung der Haftung beruft, finden die Vorschriften der Dürftigkeitseinrede entsprechende Anwendung, § 1629 Abs. 1 S. 2 i.V.m. §§ 1990, 1991 BGB. Infolge der Einrede kann der volljährig gewordene Erbe, die Befriedigung eines Nachlassgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlass nicht ausreicht. Hat der Minderjährige also nur Schulden geerbt, kann der Gläubiger auf nichts zugreifen, denn das Eigenvermögen bleibt vor dem Zugriff verschont. Hat der Minderjährige einige Aktiva geerbt, ist der Nachlass aber dadurch überschuldet, dass die Passiva höher sind, dann hat der nunmehr Volljährige die Gläubiger bis zur Höhe der Aktiva zu befriedigen. Im Ergebnis hat der zum Zeitpunkt des Eintritts der Volljährigkeit mittellose Minderjährige bzw. nunmehr Volljährige keine erheblichen Nachteile, wenn die Eltern eine überschuldete Erbschaft nicht ausschlagen oder die Genehmigung zur Ausschlagung nicht erteilt wurde, weil z.B. weder durch die Eltern noch durch Amtsermittlung eine Überschuldung nachgewiesen oder zumindest glaubhaft gemacht werden konnte. Der Volljährige muss lediglich die Haftungsbeschränkung geltend machen und gegebenenfalls an der Befriedigung der Gläubiger durch Herausgabe des vorhandenen Nachlasses mitwirken. Im Übrigen ist der Volljährige aber so gestellt, als hätte die Erbschaftsannahme nicht stattgefunden. Ein Nachteil ergibt sich aber dann, wenn das Kind bereits während der Dauer der Minderjährigkeit Vermögen erworben hat, weil es dieses in voller Höhe für die Begleichung der Nachlassverbindlichkeiten einsetzen muss.

**b) Nachlassinsolvenz § 1975 BGB, §§ 315ff. InsO**

Eine Haftungsbeschränkung gegenüber den Nachlassgläubigern kann auch dadurch erreicht werden, dass über den Nachlass das Insolvenzverfahren eröffnet wird §§ 315 ff. InsO. Nach Aufhebung des Verfahrens durch Verteilung der Masse § 200 In-

sO oder durch Bestätigung des Insolvenzplans § 258 InsO haftet der Volljährige den Nachlassgläubigern und ihren restlichen Forderungen gegenüber genau wie ausgeschlossenen Gläubigern (§§ 1989, 1973 BGB), also endgültig beschränkt. Das heißt, dass die restlichen Gläubigerforderungen nach Abschluss des Insolvenzverfahrens einrede behaftet sind und der Erbe die Befriedigung insoweit verweigern kann, als der Nachlass durch Erfüllung der Nachlassverbindlichkeiten erschöpft ist. Das Insolvenzverfahren bedeutet für den Volljährigen mehr Aufwand, als die Haftungsbeschränkung nach § 1629a BGB, lässt sein sonstiges Vermögen aber unberührt.

### **c) Anfechtung**

Fraglich ist, ob die Eltern die Erbschaft für den Minderjährigen zunächst annehmen können, weil sie über die Werthaltigkeit des Nachlasses nichts wissen und später die Annahme anfechten können, weil dieser überschuldet ist. Soll die Annahme wegen Überschuldung angefochten werden, liegt ein Eigenschaftsirrtum vor. Ein solcher ist gegeben, wenn kausale und objektiv erhebliche Fehlvorstellungen über die Eigenschaften des Nachlasses bestehen. Im Falle der Überschuldung liegen diese Voraussetzungen vor.<sup>23</sup> Im Falle der Anfechtung wird schon vor der Volljährigkeit gehandelt, um das Vermögen des Kindes nicht zu gefährden. Zu beachten ist, dass die Eltern für die Anfechtung der Annahme gem. § 1957 Abs. 1 i.V.m. § 1643 Abs. 2 S. 1 BGB einer familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen.

## **III. Ausschlagung eines werthaltigen Nachlasses**

### **1. Ausschlagung wegen fehlendem Erblasser-Eltern-Verhältnis**

Gemeint ist der Fall, in dem die Eltern oder der sorgeberechtigte Elternteil des Kindes die Erbschaft für das Kind ausschlagen, weil das eigene Verhältnis zum Erblasser schlecht war. Fraglich ist, inwiefern das Gericht die familiäre Situation und das Verhältnis der Eltern zum Erblasser überhaupt zu berücksichtigen hat. Zwar mag der Rechtspfleger/die Rechtspflegerin Verständnis für die elterliche Situation haben, insbesondere wenn der sorgeberechtigte Elternteil z.B. durch den Erblasser missbraucht wurde, jedoch darf das keinen Einfluss auf das Genehmigungsverfahren ha-

---

<sup>23</sup> RGZ 158, 50; BayObLG FamRZ 1983, 834; BayObLG FamRZ 1997, 1174; BayObLG FamRZ 99, 1172.

ben, in dem allein die Belange des Kindes zu berücksichtigen sind. Um das Verhältnis des Kindes zum Erblasser geht es in dem hier konstruierten Fall nicht. Mithin muss das Gericht objektiv den ihm vorgetragenen Sachverhalt würdigen, was in der Regel dazu führen dürfte, dass die Genehmigung nicht erteilt werden kann. Unter objektiver Würdigung entginge dem minderjährigen Kind ein Vermögenszuwachs, welcher allein mit der familiären Situation der Eltern zu begründen wäre. Würde die Genehmigung erteilt werden, käme dies einer Schädigung des Kindesvermögens gleich. Ob dem sorgeberechtigten Elternteil die Vermögenssorge in Bezug auf den Nachlass gem. § 1666 BGB teilweise zu entziehen ist, obliegt der Einzelfallentscheidung des Gerichts.

## **2. Ausschlagung wegen fehlendem Erblasser-Kind-Verhältnis**

Ebenfalls denkbar ist der Fall, dass die Eltern die Erbschaft für das Kind ausschlagen wollen, weil zwischen dem Erblasser zu dessen Lebzeiten und dem Kind kein oder ein schlechtes Verhältnis herrschte. Diese Konstellation ist für das Gericht schwer zu beurteilen. Anders als bei dem Erblasser-Eltern-Verhältnis sind die persönlichen Belange des Kindes im Genehmigungsverfahren zu berücksichtigen, sodass so zu entscheiden ist, wie es dem Kindeswohl am meisten gerecht wird. Eine einfache Verweisung auf den Vermögenszuwachs, der dem Kind entgehen würde, reicht hier nicht aus. Der/die Rechtspfleger/in muss sich in die Situation des Kindes hineinversetzen. Anders kann nicht nachvollzogen werden, weshalb ein werthaltiger Nachlass ausgeschlagen werden soll. So mag es durchaus verständlich erscheinen, dass die Eltern die Erbschaft für Ihr Kind ausschlagen, weil der Erblasser das Kind beispielsweise missbraucht oder sonst körperlichen Schaden zugefügt hat. Daher kann dem minderjährigen Kind eine Erbschaft trotz Werthaltigkeit nicht aufgezwungen werden. Fraglich ist, inwieweit die Höhe des Nachlasses beachtlich ist. Handelt es sich lediglich um ein schlechtes Verhältnis zum Erblasser und einen verhältnismäßig geringen Nachlass, wird die Genehmigungserteilung leichter fallen, als bei einem hohen Nachlass. Eine Wertgrenze lässt sich schwer ziehen. Fraglich ist, wann die Eltern Kindeswohl schädigend handeln. Die Beantwortung hängt immer vom Einzelfall ab. Lebt das Kind in wohlhabenden Verhältnissen, wird die Wertgrenze höher anzusetzen sein. Lebt das Kind von öffentlichen Mitteln, wird wohl jeder Nachlass und sei er noch

so wenig werthaltig von Nutzen sein. Entscheidend ist auch der Ausschlagungsgrund. Einem Missbrauchsoffer oder einem Opfer körperlicher Gewalt kann noch so viel Geld vererbt werden, um eine Schuld wieder gut zu machen. Der immaterielle Schaden kann nicht in Geld aufgerechnet werden. Es ist daher in einem solchen Genehmigungsverfahren von entscheidender Bedeutung, dass sich das Gericht auf den Einzelfall konzentriert. Es darf kein Schema abarbeiten und muss den Sachverhalt durch intensive Nachforschung, insbesondere durch Anhörungen aufklären. Denkbar wären ein Abschiedsbrief des Toten, aus dem sich der vorgetragene Sachverhalt widerspiegelt oder ein Strafurteil im Fall des Missbrauchs sowie ein zivilprozessuales Leistungsurteil auf Schmerzensgeld. Möglicherweise bestätigen andere Familienangehörige die vorgetragenen Tatsachen, sodass der Sachverhalt als wahr unterstellt werden kann.

### **3. Ausschlagung eines Sozialhilfeempfängers**

#### **a) Grundsatz der Entscheidungsfreiheit**

Ob der vorläufige Erbe den Nachlass annimmt und damit endgültig Erbe wird oder ob dieser die Erbschaft ausschlägt und damit auf eine Erbenposition verzichtet, liegt im freien Ermessen des Erben selbst. Dieses wird bei Minderjährigen durch den gesetzlichen Vertreter ausgeübt.

#### **b) Einfluss der Inanspruchnahme öffentlicher Leistungen auf die Entscheidungsfreiheit**

Fraglich ist, ob sich an der Entscheidungsfreiheit des vorläufigen Erben etwas ändert, wenn dieser öffentliche Leistungen bezieht. Die Problematik ergibt sich daraus, dass eine Erbschaft gem. § 90 Abs. 1 SGB XII einzusetzendes Vermögen darstellt. Das heißt, der Erbe muss die Erbschaft für die Bestreitung seines Lebensunterhaltes einsetzen, soweit es nicht Schonvermögen ist, § 90 Abs. 2 SGB XII. Es kann daher sein, dass der Erbe bei einem relativ geringen Nachlass diesen lieber ausschlägt, um ihn nicht einsetzen zu müssen. Daraus ergibt sich ganz offensichtlich ein Konflikt, da der Sozialhilfeträger letztendlich wirtschaftlich belastet wird. Diese besondere Konstellation

tion ändert jedoch nichts an der freien Entscheidung des Erben das Erbe auszuschlagen. Somit können auch die Eltern die dem Kind angefallene Erbschaft ohne Einschränkung ausschlagen, soweit nicht eine Genehmigung erforderlich wird.

### **c) Sittenwidrigkeit der Ausschlagung**

Wenn die freie Entscheidungsbefugnis des Erben nicht eingeschränkt ist, ist zu überlegen, ob die Ausschlagung an sich nicht der Sittenwidrigkeit unterliegen könnte. Es wird die Ansicht<sup>24</sup> vertreten, dass eine Ausschlagung nicht sittenwidrig sein kann, weil zwar eine letztwillige Verfügung, nicht aber eine Annahme- oder Ausschlagungserklärung für nichtig erklärt werden kann. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Ausschlagungserklärung muss als Willenserklärung ebenso auf ihre Sittenwidrigkeit überprüft werden können, wie jede andere Erklärung auch. Jedoch werden die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit bei der Ausschlagungserklärung nach h.M.<sup>25</sup> regelmäßig nicht vorliegen. Die Ausschlagung einer werthaltigen Erbschaft zu Lasten des Sozialhilfeträgers verstößt nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Nach Linde<sup>26</sup> soll das auch gelten, wenn die Ausschlagung ausschließlich deshalb erklärt wird, um den Sozialhilfeträger daran zu hindern auf das Vermögen zuzugreifen, mithin also, wenn der Sozialhilfeträger vorsätzlich geschädigt werden soll. Diese Ansicht geht allerdings zu weit. Nach Ansicht des OLG Hamm<sup>27</sup> nimmt derjenige, der auf Sozialleistungen angewiesen ist, für sich die durch das Sozialstaatsprinzip verbürgte Solidarität der staatlichen Gemeinschaft in Anspruch. Nimmt er in einer solchen Situation einen ihm angetragenen Vermögenserwerb nicht wahr, verweigert er umgekehrt der Gemeinschaft eben diese Solidarität, in dem er rechtlich eine Bedürftigkeit vorschützt, die wirtschaftlich nicht besteht oder nicht bestehen müsste. Auch der Nachranggrundsatz des § 2 SGB XII ist Ausdruck einer umfassend verstandenen Solidarität, die praktisch nur funktioniert, wenn der Leistungsfähige nicht auf Sozialleistungen zurückgreift. Schlägt der Sozialhilfe empfangende Erbe vorsätzlich die Erbschaft aus, um damit einen Rückgriff des Sozialhilfeträgers auf den Nachlass zu verhindern, unterliegt die Ausschlagungserklärung der Sittenwidrigkeit. Entscheidend ist mithin das Motiv der Ausschlagung. Soweit die Auffas-

---

<sup>24</sup> Pohl AcP 177, 52 ff.

<sup>25</sup> LG Aachen, ZEV 2005, 120f.; aA OLG Hamm, Rpfleger 2009, 679ff. das grundsätzlich von einer Sittenwidrigkeit ausgeht und diese nur bei entsprechender Motivation verneint.

<sup>26</sup> BWNotZ 1988, 54ff.

<sup>27</sup> OLG Hamm, aaO.



sung vertreten wird, dass dem Erben damit seine Erbenstellung aufgezwungen wird<sup>28</sup>, ist die besondere Situation entgegenzuhalten, welche hier vorliegt, nämlich der durch die Gemeinschaft geleisteten sozialen Unterstützung und der bewussten Schädigung derselben durch die Ausschlagung. Wer sich der Hilfe des Staates bedient, muss sich über einen möglichen Rückgriff auf erlangtes Vermögen bewusst sein.

#### **d) Genehmigungsfähigkeit der Ausschlagung**

Ist die Ausschlagung sittenwidrig, stellt sich die Frage nach der Genehmigungsfähigkeit nicht. Wird diese allerdings verneint, hat das Familiengericht gem. § 1697a BGB bei der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit ausschließlich das Wohl des Kindes zu beachten.<sup>29</sup> Die Interessen Dritter sind grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Das bedeutet, dass die öffentlichen Interessen, welche hier in Rede stehen bei der Frage der Genehmigungsfähigkeit dann unbeachtlich sind, wenn die Motivation nicht in der Schädigung des Sozialhilfeträgers begründet ist.

### **IV. Rechtsnatur der Ausschlagung**

Die Ausschlagung ist eine einseitige, form- und fristgebundene, amtsempfangsbedürftige Willenserklärung.

### **V. Vorgenehmigung**

Werden diese Grundsätze der Ausschlagungserklärung zugrunde gelegt, bedürften die Eltern gem. §§ 1831 S. 1, 1643 Abs. 3 BGB immer einer Vorgenehmigung. Ohne bereits erteilte Genehmigung könnten die Eltern die Ausschlagung nicht vornehmen, da diese sonst unwirksam wäre. Sinn und Zweck der Regelung des § 1831 S. 1 BGB liegt im Schutz des Erklärungsempfängers. Wäre eine Nachgenehmigung möglich, könnte es zu einem langen Schwebezustand kommen, welcher für den Erklärungs-

---

BWNotZ 1988, 54ff.

ff.; LG Aachen aaO.

<sup>29</sup> Linde, aaO; Bengel ZEV 1994, 29.

empfänger eine nichtgewollte Rechtsunsicherheit bedeuten darüber würde, ob das Rechtsgeschäft nun wirksam oder unwirksam ist.

## **VI. Nachgenehmigung**

Bei der Ausschlagung herrscht jedoch Einigkeit, dass diese innerhalb der Ausschlagungsfrist, welche in entsprechender Anwendung von § 206 BGB bis zum Wirksamwerden der Entscheidung über die Erteilung oder Nichterteilung der Genehmigung beim gesetzlichen Vertreter gehemmt wird,<sup>30</sup> nachgeholt werden kann. Die oben erwähnte Rechtsunsicherheit besteht nicht, da die Ausschlagungsfrist die Möglichkeit der Ausschlagung zeitlich begrenzt.<sup>31</sup>

## **VII. Erteilung der Genehmigung**

Bejaht das Gericht die Genehmigungsfähigkeit, so hat es die Genehmigung dem gesetzlichen Vertreter gegenüber zu erteilen, § 1828 BGB.

## **VIII. Wirksamkeit der Genehmigung**

Fraglich ist, wann die Genehmigung wirksam wird. Die Möglichkeit trotz eines einseitigen Rechtsgeschäfts eine Nachgenehmigung zu erteilen, führt nicht zur Anwendung von § 1829 BGB und macht das Nachlassgericht nicht zum Vertragspartner, daher ist die Genehmigung gem. § 1828 BGB mit Rechtskraft der Genehmigungsentscheidung wirksam.<sup>32</sup> Ein Gebrauch machen von der Genehmigung durch Mitteilung an das Nachlassgericht als Erklärungsempfänger ist nicht nötig.<sup>33</sup>

## **IX. Bekanntmachung an das Nachlassgericht**

Fraglich ist, ob das Nachlassgericht von der Erteilung der Genehmigung in Kenntnis zu setzen ist. Wie schon erwähnt, ist die Erbausschlagung mit Rechtskraft wirksam.

---

<sup>30</sup> OLG Frankfurt, OLGZ 1966, 337 = FamRZ 1966, 259.

<sup>31</sup> RGZ 118, 145, hierzu Sonnenfeld/Zorn, Rpfleger 2004, 533.

<sup>32</sup> Sonnenfeld/Zorn, Rpfleger 2004, 533, 537.

<sup>33</sup> Sonnenfeld/Zorn, Rpfleger 2004, 533, 537; a.A. Ivo, ZEV 2002, 309, 314.

Es wird aufgrund einer Reichsgerichtsentscheidung<sup>34</sup> zum Teil die Auffassung vertreten, dass die Genehmigung und deren Bekanntmachung an den gesetzlichen Vertreter innerhalb der Ausschlagungsfrist dem Nachlassgericht gegenüber nachzuweisen ist, sodass der Nachweis des Zugangs (jetzt wohl des Zugangs der rechtskräftigen Entscheidung) selbst Wirksamkeitsvoraussetzung der Erbausschlagung ist<sup>35</sup> Diese Ansicht überzeugt nicht, da es keine gesetzliche Regelung gibt (mit Ausnahme von § 1945 Abs. 3 BGB, der hier nicht zutrifft, weil kein Bevollmächtigter handelt), die den Nachweis der Wirksamkeit der Ausschlagung zu einem Wirksamkeitserfordernis macht.<sup>36</sup> Das Nachlassgericht muss lediglich aus Gründen der Rechtssicherheit in die Lage versetzt werden, die Wirksamkeit zu prüfen.<sup>37</sup> Dazu reicht es aber aus, dass es sich die Familienakte bezieht oder dass das Familiengericht selbst dem Nachlassgericht mitteilt, wann die Genehmigung rechtskräftig erteilt wurde und dem Vertreter zugegangen ist.

## **E) Verfahrensrechtliche Betrachtungen nach FamFG**

Zum 01.09.2009 ist das FamFG<sup>38</sup> in Kraft getreten. Dieses neue Verfahrensrecht tritt an die Stelle des bisherigen FGG<sup>39</sup> und soll in den Bereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Familiensachen für einen schnellen, effektiven und verständlichen Verfahrensablauf sorgen.<sup>40</sup>

### **I. Beteiligte § 7 FamFG**

Ein Schwerpunkt des FamFG bildet die Definition des Beteiligten in § 7 FamFG. Dadurch soll bereits zum einem frühen Zeitpunkt des Verfahrens feststehen, wer an demselben beteiligt und wer anzuhören ist. Gleichzeitig ermöglicht § 7 FamFG eine

---

<sup>34</sup> RGZ 118, 145.

<sup>35</sup> OLG Frankfurt, OLGZ 1966, 337 = FamRZ 1966, 259; BayObLGZ 1983, 213, 219; Brox/Walker, § 22 V., Rn. 304; Palandt/Edenhofer; § 1945, Rn. 4.

<sup>36</sup> Sonnenfeld/Zorn, Rpfleger 2002, 533, 536.

<sup>37</sup> Sonnenfeld/Zorn, Rpfleger 2002, 533, 537.

<sup>38</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

<sup>39</sup> Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

<sup>40</sup> So auch Rellermeier, Rpfleger 2009, 349ff.

umfassende Aufklärung im erstinstanzlichen Verfahren.<sup>41</sup> Auch wenn die Genehmigung zur Erbausschlagung in den meisten Fällen beantragt wird, handelt es sich nicht um ein Antragsverfahren im Sinne des § 7 Abs.1 FamFG. Zu beteiligen sind die durch das Verfahren in ihren Rechten unmittelbar Betroffenen, § 7 Abs. 2 Nr.1 FamFG und diejenigen, welche auf Grund des FamFG selbst oder eines anderen Gesetzes von Amts wegen oder auf Antrag zu beteiligen sind, § 7 Abs. 2 Nr. 2 FamFG. Im Genehmigungsverfahren sind damit das Kind und seine gesetzlichen Vertreter gem. § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG Beteiligte.

## **II. Bekanntgabe der Genehmigungsentscheidung nach § 41 Abs. 3 FamFG**

Gem. § 41 Abs. 3 FamFG ist ein Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, auch demjenigen bekannt zu geben, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird. Dabei handelt es sich unstreitig um den Vertretenen. Hat das Kind das 14. Lebensjahr vollendet, ist es verfahrensfähig (§§ 9 Abs. 1 Nr. 4, 60, 159 Abs. 1 S. 2, 164 FamFG), die Entscheidung ist ihm persönlich bekannt zu geben. Hat das Kind das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet oder ist es geschäftsunfähig, stellt sich die Frage, durch wen es bei der Entgegennahme der Genehmigungsentscheidung und bei einer etwaigen Rechtsmitteleinlegung vertreten werden kann. Dies kann nicht der gesetzliche Vertreter sein, dessen Handeln im Genehmigungsverfahren überprüft werden soll, andernfalls bliebe es bei der vom BVerfG<sup>42</sup> für verfassungswidrig erklärten Konstellation.<sup>43</sup>

## **III. Verfahrensbeistand § 158 FamFG**

Es stellt sich deshalb die Frage, ob insoweit die Bestellung eines Verfahrensbeistands in Betracht kommt. Der Verfahrensbeistand des § 158 FamFG tritt an die Stelle des Verfahrenspflegers nach § 50 FGG. Trotz einiger Neuerungen im Bereich der Stellung des Verfahrensbeistandes und seiner Aufgaben im Vergleich zum bisherigen Verfahrenspfleger, hat es der Gesetzgeber versäumt, eine Regelung für Verfah-

---

<sup>41</sup> Sonnenfeld, Rpfleger 2009, 361ff.

<sup>42</sup> BVerfGE 101, 397 = Rpfleger 2000, 205.

<sup>43</sup> Hierzu Sonnenfeld, NotBZ 2009, 295; jetzt auch KG vom 4. März 2010, AZ 17 UF 5/10 m. Anm. Sonnenfeld, ZRP 2010, Heft 7 und Zorn, Rpfleger 2010, Heft 7.

ren zu treffen, die nicht die Person des Kindes betreffen, sondern das Vermögen. So regelt § 158 Abs.1 FamFG lediglich die Bestellung des Verfahrensbeistandes für Personenangelegenheiten. Das Genehmigungsverfahren bezüglich der elterlichen Erbausschlagung ist jedoch unzweifelhaft eine vermögensrechtliche Angelegenheit und fällt dem Wortlaut nach nicht unter § 158 Abs.1 FamFG. Fraglich erscheint insoweit, ob § 158 FamFG in analoger Weise angewandt werden kann. Dies ist zu verneinen. Konnte nach dem bis zum 01.09.2009 geltenden Recht noch davon ausgegangen werden, dass es sich bei der einseitigen Regelung des § 50 FGG um eine sog. Regelungslücke handelt, muss diese Argumentation nun der Tatsache weichen, dass der Gesetzgeber mit dem FamFG die Möglichkeit hatte, diese Lücke zu beseitigen. Die Tatsache, dass der Verfahrensbeistand wiederum nur für personenrechtliche Angelegenheiten bestellt werden kann, zeigt deutlich, dass an der bisherigen Regelung festgehalten werden sollte und es sich eben nicht um eine Regelungslücke handelt. Der Verfahrensbeistand ist auch nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes, § 158 Abs. 4 S. 6 FamFG. Im Ergebnis ist daher dem Kind zur Wahrnehmung seiner Interessen im Bereich der Vermögenssorge ein Ergänzungspfleger zur Seite zu stellen, § 1909 BGB.<sup>44</sup> Soweit nach bisherigem Recht an dieser Stelle argumentiert werden konnte, dass hierin eine erhebliche Belastung des Verfahrens liegt, da für die Bestellung des Ergänzungspflegers das Vormundschaftsgericht, für die Genehmigungserteilung das Familiengericht zuständig war, kann nunmehr entgegeng gehalten werden, dass sich die Zuständigkeiten beim Familiengericht konzentriert haben §§ 111 Nr.2, 151 Nr. 5 FamFG und dieser Verfahrensgang nun durchaus praktikabel erscheint.

#### **IV. Anhörung des Kindes § 159 FamFG**

Das minderjährige Kind ist zwingend anzuhören, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat, § 159 Abs.1 FamFG. Betrifft die Angelegenheit ausschließlich die Vermögenssorge kann die Anhörung auch schriftlich erfolgen, § 159 Abs. 1 S.2 FamFG. Hat das minderjährige Kind das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet, ist es persönlich zu hören, soweit es auf die Neigungen und Bindungen ankommt.

---

<sup>44</sup> So auch KG vom 4. März 2010, AZ 17 UF 5/10 m. Anm. Sonnenfeld, ZRP 2010, Heft 7 und Zorn, Rpfleger 2010, Heft 7.

## **V. Anhörung der Eltern § 160 FamFG**

Die Anhörung der Eltern hat gem. § 160 Abs. 2 FamFG zu erfolgen. Die Form der Anhörung ist dem Gericht freigestellt.

## **F) Fazit**

Alle angestellten Betrachtungen zur elterlichen Erbausschlagung, sowohl im Bereich der Genehmigungsbedürftigkeit, als auch der Genehmigungsfähigkeit haben gezeigt, dass die Ausschlagung und die rechtlichen Hintergründe durchaus komplex sind. Es gibt eine Vielzahl von Einzelfällen, die den Rechtspfleger/innen im Arbeitsalltag begegnen können und diese in ihrem Ermessenspielraum vor schwierige Entscheidungen stellt. Selbst im Bereich des Verfahrensrechts muss auf die Gegebenheiten des Einzelfalls geachtet und gerade bei den Anhörungen auf die Beteiligten und die Umstände besonders eingegangen werden. Der Verfasser hofft mit dieser Arbeit einen umfassenden Überblick über die Genehmigungsbedürftigkeit der elterlichen Erbausschlagung gegeben zu haben. Soweit in dieser Arbeit die Problematik der Genehmigungsfähigkeit behandelt wurde, verweist der Verfasser darauf, dass die Ausführungen nicht abschließend und insbesondere nicht jeden Fall erfassend sind. Das lässt sich schon allein deshalb nicht leisten, weil es sich im Rahmen der Genehmigungsfähigkeit um Ermessensentscheidungen handelt. Daher konnten hier nur Hilfestellungen für das Herangehen an verschiedene, im rechtlichen Alltag auftretende, Sachverhalte gegeben werden. Die verfahrensrechtlichen Aspekte wurden nur peripher betrachtet, geben aber die nötigsten Anforderungen an das Verfahren wieder und runden das Thema insgesamt ab.

Der Verfasser wünscht der gerichtlichen Praxis dasselbe Maß an Begeisterung für die Bearbeitung der jeweiligen Fälle, wie sie der Verfasser selbst empfunden hat, als diese Arbeit gefertigt wurde.

## Impressum

Herausgeber  
Dekan Fachbereich Rechtspflege

ISBN  
978-3-940056-61-0

Auflage  
40

Druck  
HWR Berlin

Berlin September 2010