

**Die Erbausschlagung durch den gesetzlichen
Vertreter des Erben – ausgewählte Problemfälle der
nachlassgerichtlichen Praxis**

Diplomarbeit

**an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege (FH),
Fortbildungszentrum des Freistaates Sachsen
Fachbereich Rechtspflege**

vorgelegt von Jasmin Dank
aus Görlitz

Meißen, 16.05.2022

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	II
Abkürzungsverzeichnis.....	IV
1. Vorwort.....	1
2. Gesetzliche Vertretung.....	2
2.1. Geschäftsfähigkeit.....	2
2.1.1. Definition.....	2
2.1.2. Geschäftsunfähigkeit.....	2
2.1.3. Beschränkte Geschäftsfähigkeit.....	3
2.1.4. Rechtsfolgen für die Erklärung der Erbausschlagung.....	3
2.2. Arten der gesetzlichen Vertretung.....	4
2.2.1. Elterliche Sorge.....	4
2.2.2. Vormund.....	7
2.2.3. Betreuer.....	8
3. Form der Ausschlagung.....	8
3.1. Rechtsnatur und Wirksamkeitsvoraussetzung.....	8
3.2. Form.....	8
3.3. Zuständigkeit.....	9
3.3.1. Sachlich.....	9
3.3.2. Örtlich.....	9
4. Ausschlagungsfrist.....	13
4.1. Allgemein.....	13
4.2. Problemfall: Wessen Kenntnis ist relevant?.....	15
4.3. Problemfall: Bestellung eines Betreuers innerhalb der Ausschlagungsfrist.....	18
4.4. Fristhemmung gemäß §§ 1944 Abs. 2 S. 3, 206 BGB.....	19
5. Erforderlichkeit einer familien- bzw. betreuungsgerichtlichen Genehmigung.....	22
5.1. Allgemein.....	22
5.1.1. Genehmigung gemäß § 1643 Abs. 2 BGB.....	22
5.1.2. Genehmigung nach § 1822 Nr. 2 BGB.....	23
5.2. Verfahren.....	24

5.3.	Gebrauchmachen von der Genehmigung.....	25
5.3.1.	Allgemein	25
5.3.2.	Ausblick Reform Vormundschaftsrecht.....	27
5.4.	Problemfall: Eintritt der Volljährigkeit während des Genehmigungsverfahrens.....	29
5.4.1.	Allgemein	29
5.4.2.	Form	30
5.4.3.	Frist.....	31
5.5.	Problemfall: Vater, welcher zuvor für sich die Erbschaft ausgeschlagen hat, erhält innerhalb der Ausschlagungsfrist elterliche Sorge	34
5.6.	Problemfall: Vater, welcher zuvor für sich die Erbschaft ausgeschlagen hat, erhält elterliche Sorge während des Genehmigungsverfahrens	36
5.7.	Problemfall: Kind/ Betreuer stirbt innerhalb des Genehmigungsverfahrens.....	37
6.	Fazit	40
	Literaturverzeichnis	V
	Eidesstattliche Versicherung	VIII

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.am angegebenen Ort

Abs.Absatz

BGB.....Bürgerliches Gesetzbuch

bzw.beziehungsweise

d.h.das heißt

etc.et cetera

FamFG.....Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und
in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

ff.fortfolgende

ggf.gegebenenfalls

GVG.....Gerichtsverfassungsgesetz

HS.Halbsatz

IfSG.....Infektionsschutzgesetz

i.V.m.in Verbindung mit

m.w.N.mit weiteren Nachweisen

n.F.neue Fassung

Nr.Nummer

RpflG.....Rechtspflegergesetz

S.Satz

vgl.vergleiche

z. B.zum Beispiel

1. Vorwort

Eine Erbschaft bedeutet nicht immer einen Vermögensvorteil. Sicherlich kann in den meisten Erbfällen mit einem Vermögenszuwachs gerechnet werden. Im Durchschnitt ist jede achte Erbschaft (13%) nicht werthaltig. In diesen Fällen verbleiben den Erben lediglich persönliche Gegenstände des Erblassers ohne Wert. Dies geht aus einer Studie des Deutschen Institutes für Altersvorsorge hervor.¹

Erbfähig ist gemäß § 1923 BGB grundsätzlich jeder, der zum Zeitpunkt des Erbfalls lebt oder bereits gezeugt war und lebend geboren wird. Damit sind auch minderjährige Kinder erbfähig. Insbesondere in den Fällen überschuldeter Nachlässe liegt es in der Verantwortung des gesetzlichen Vertreters den Vertretenen vor einem Vermögensnachteil zu schützen.

Sätze wie beispielsweise „Aber ich wollte doch gar nicht, dass mein Kind/ Betreuer Erbe wird.“ oder „Ich habe doch alles Erforderliche getan.“ hat vermutlich jeder Rechtspfleger, der im Nachlassgericht tätig ist, schon einmal gehört. Diese Sätze suggerieren einem, dass die Erklärung der Erbausschlagung durch den gesetzlichen Vertreter scheinbar nicht wirksam abgegeben wurde.

Sicherlich sind Gesetze für juristische Laien oft schwer verständlich. Umso wichtiger ist es, dass sich der gesetzliche Vertreter intensiv mit den gesetzlich normierten Voraussetzungen für eine wirksame Ausschlagungserklärung auseinandersetzt. Doch nicht nur für den gesetzlichen Vertreter birgt die Erklärung einer Erbausschlagung Probleme. In der nachlassgerichtlichen Praxis ist der Rechtspfleger gemäß § 3 Nr. 1 f) RPfIG für die Beurkundung der Ausschlagungserklärung und gemäß § 3 Nr. 2c) RPfIG danach auch für die weitere Bearbeitung des Nachlassverfahrens zuständig. Im Zuge dieser tauchen mittunter Probleme auf, deren Lösungen sich nicht ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben.

Ziel dieser Diplomarbeit ist es, ausgewählte Problemfälle in der nachlassgerichtlichen Praxis im Zusammenhang mit Erbausschlagungen aufzuzeigen und entsprechende Lösungsansätze zu präsentieren.

¹ vgl. Analyse „Erben in Deutschland 2015-24: Volumen, Verteilung und Verwendung“ des Deutschen Instituts für Altersvorsorge.

2. Gesetzliche Vertretung

2.1. Geschäftsfähigkeit

2.1.1. Definition

Geschäftsfähigkeit bezeichnet die „*Fähigkeit, Rechtsgeschäfte selbstständig vollwirksam vorzunehmen*“.² Im Gesetz ist nicht normiert, in welchen Fällen eine Person geschäftsfähig ist. Dargestellt werden lediglich die Fälle, in denen eine Person geschäftsunfähig (§ 104 BGB) oder nur beschränkt geschäftsfähig (§ 106 BGB) ist. Daraus kann im Umkehrschluss hergeleitet werden, dass das Gesetz grundsätzlich alle Menschen als geschäftsfähig ansieht, wenn nicht die Ausnahmen gegeben sind.³

2.1.2. Geschäftsunfähigkeit

Gemäß § 104 BGB ist geschäftsunfähig, wer das siebente Lebensjahr nicht vollendet hat oder, wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geisteszähigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist.

Liegen die vorstehend genannten Voraussetzungen vor, tritt die Rechtsfolge des § 105 BGB ein. Demnach ist eine Willenserklärung, die von einem Geschäftsunfähigen abgegeben wird, unwirksam.

² Grüneberg/*Ellenberger*, Einführung vor § 104 Rn. 2.

³ vgl. Grüneberg, a.a.O.

2.1.3. Beschränkte Geschäftsfähigkeit

Gemäß § 106 BGB ist beschränkt geschäftsfähig, wer als Minderjähriger das siebente Lebensjahr vollendet hat. Minderjährig ist gemäß § 2 BGB im Umkehrschluss, wer das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Inwieweit die eigenen Willenserklärungen eines beschränkt Geschäftsfähigen wirksam sind, bestimmt sich nach §§ 107 ff. BGB.

2.1.4. Rechtsfolgen für die Erklärung der Erbausschlagung

Gemäß § 1942 Abs. 1 BGB geht die Erbschaft auf den berufenen Erben unbeschadet des Rechts über, sie auszuschlagen.

Bei der Erklärung der Erbausschlagung handelt es sich um eine einseitige Willenserklärung gegenüber dem Nachlassgericht mit dem Ziel, den Erbanfall rückgängig zu machen.⁴ Dabei muss der Erbe voll geschäftsfähig sein, wenn er die Erklärung selbst abgibt.⁵ Da eine Willenserklärung durch einen Geschäftsunfähigen gemäß § 105 Abs. 1 BGB nichtig ist, muss die Erklärung in diesem Fall durch den gesetzlichen Vertreter erfolgen.

Grundsätzlich ist es möglich, dass ein beschränkt Geschäftsfähiger die Erbschaft mit vorheriger Einwilligung des gesetzlichen Vertreters selbst ausschlägt.⁶ Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus § 111 Abs. 1 BGB. Einwilligung bezeichnet dabei gemäß § 183 S. 1 BGB die vorherige Zustimmung. Eine nachträgliche Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter ist in diesem Fall nicht möglich. Eine Erklärung ohne vorherige Einwilligung ist folglich nichtig.

⁴ vgl. Firsching/Graf/Krätzschel, § 16 Rn. 4.

⁵ vgl. Firsching/Graf/Krätzschel, § 16 Rn. 7.

⁶ vgl. Firsching/Graf, a.a.O.

2.2. Arten der gesetzlichen Vertretung

2.2.1. Elterliche Sorge

2.2.1.1. Gemeinsame elterliche Sorge

Im Regelfall werden minderjährige Kinder durch ihre Eltern vertreten. Die Vertretungsbefugnis ergibt sich dabei aus § 1626 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 1629 Abs. 1 BGB. Gemäß § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB vertreten die Eltern das Kind dabei gemeinschaftlich, sofern sie beide Inhaber der elterlichen Sorge sind. § 1626a BGB definiert dabei die möglichen Konstellationen der elterlichen Sorge, sofern die Eltern nicht miteinander verheiratet sind. Dies impliziert, dass das Gesetz im Regelfall davon ausgeht, „*dass die Eltern eines Kindes miteinander verheiratet sind und ihnen deshalb auch die Sorge für ihr Kind gemeinsam zusteht.*“⁷

Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen gemäß § 1626a Abs. 1 BGB die gemeinsame Sorge zu, wenn sie erklären, dass sie die elterliche Sorge gemeinsam übernehmen wollen, wenn sie einander heiraten oder soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt. Die Voraussetzungen für die Übertragung der elterlichen Sorge durch das Familiengericht ergeben sich dabei aus § 1626a Abs. 2 BGB.

2.2.1.2. Alleinige elterliche Sorge

Es ist jedoch auch möglich, dass ein minderjähriges Kind nur durch einen Elternteil allein vertreten wird. Dies ist insbesondere der Fall, wenn Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet sind und keine Sorgeerklärungen vor oder nach der Geburt abgegeben haben. In diesem Fall steht der Kindesmutter die elterliche Sorge gemäß § 1626a Abs. 3 BGB allein zu. Weitere denkbare Konstellationen, in denen nur ein Elternteil die elterliche Sorge ausübt, sind die Übertragung der Alleinsorge bei Getrenntleben der Eltern gemäß § 1671 BGB, der Übergang der elterlichen Sorge bei Tod eines Elternteils oder die Entziehung des Sorgerechts gemäß § 1680 Abs. 1 BGB, der Übergang der elterlichen Sorge bei

⁷ Grüneberg/Götz, § 1626 Rn. 6.

tatsächlicher Verhinderung oder bei Ruhen der elterlichen Sorge gemäß § 1678 Abs. 1 BGB, der Übergang der elterlichen Sorge bei Todeserklärung eines Elternteils gemäß § 1681 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1680 BGB, sowie die Übertragung der elterlichen Sorge durch das Familiengericht gemäß §§ 1678 Abs. 2; 1680 Abs. 2, 3; 1681 Abs. 2 und 1628 BGB.

Die Alleinvertretungsbefugnis ergibt sich dabei aus § 1629 Abs. 1 S. 3 BGB.

2.2.1.3. Ungeborenes Kind

Gemäß § 1923 Abs. 2 BGB ist auch ein ungeborenes Kind, sofern es zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits gezeugt war und später lebend geboren wird (= Nasciturus), erbfähig. Der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart hat dabei in seinem Beschluss vom 05.11.1992 entschieden, dass auch *„für das erzeugte, aber noch nicht geborene Kind [...] vor der Geburt die Ausschlagung der Erbschaft erklärt werden“*⁸ kann.

Einige Gerichte beurkunden die Erklärung der Erbausschlagung jedoch auch erst ab dem Zeitpunkt der Geburt mit der Begründung, dass vor der Geburt die Erbenstellung des Kindes noch ungewiss sei.⁹ Sofern der Nachlass überschuldet ist, liegt es grundsätzlich im Interesse der Erben die Erbschaft möglichst schnell auszuschlagen. Dies gilt auch für den Nasciturus. Ist bekannt, dass der Nachlass überschuldet ist, wird sich dieser Umstand bis zur Geburt des Kindes aller Wahrscheinlichkeit nach nicht ändern. Eine Verzögerung würde dem Nasciturus eher schaden. Geht man davon aus, dass die Beurkundung erst nach Geburt des Kindes erfolgen kann, führt dies im Zweifel dazu, dass die Ausschlagungsfrist ggf. versäumt werden könnte, da die Eltern des Kindes in den sechs Wochen nach der Geburt sicherlich kaum an die Notwendigkeit der Erbausschlagung denken werden.¹⁰

Es ist daher sinnvoll, die Erbausschlagung bereits vor der Geburt des Kindes zu erklären. Bei der Beurkundung der Erklärung für das ungeborene Kind stellt sich jedoch die Frage, wer gesetzlicher Vertreter des Kindes ist. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart verweist diesbezüglich auf das Vertretungsrecht der Eltern gemäß § 1912 Abs. 2 BGB. Demnach steht den Eltern die Fürsorge für eine

⁸ OLG Stuttgart, Beschluss vom 05.11.1992, 8 W 484/92, OLGZ 93, 140 m.w.N..

⁹ vgl. z.B. LG Berlin, Rpfleger 1990, 363.

¹⁰ vgl. Peter, Rpfleger 1988, 107.

Leibesfrucht insoweit zu, als ihnen die elterliche Sorge zustünde, wenn das Kind bereits geboren wäre.

Insofern ist auch für den Fall, dass die Erbschaft für einen Nasciturus auszuschlagen ist, auf die §§ 1626 ff. BGB abzustellen. Folglich bedeutet dies, dass die Eltern den Nasciturus gemeinsam vertreten, sofern sie miteinander verheiratet sind. Ist dies nicht der Fall, ist darauf abzustellen, „*ob im Zeitpunkt des Fürsorgebedürfnisses bereits das gemeinsame Sorgerecht besteht.*“¹¹ Sofern keiner der beiden Fälle vorliegt, obliegt der Mutter die Fürsorge für die Leibesfrucht allein (§ 1626a Abs. 3 BGB).¹²

Es stellt sich dabei jedoch die Frage, auf welchen Zeitpunkt für die Beurteilung der elterlichen Sorge abzustellen ist. In Betracht kommt zum einen der Zeitpunkt, in dem die Ausschlagung erklärt werden soll.

Zum anderen könnte als maßgeblicher Zeitpunkt auch der Zeitpunkt der Geburt in Betracht kommen, da der Anfall der Erbschaft erst bei Lebendgeburt an das Kind erfolgt.

Dies kann damit begründet werden, dass grundsätzlich erst im Zeitpunkt der Geburt klar ist, ob das ungeborene Kind tatsächlich zum Erben wird. Voraussetzung hierfür ist bekanntlich, dass das Kind auch lebend geboren und damit rechtsfähig in Sinne von § 1 BGB wird.¹³

Diese Frage stellt sich insbesondere dann, wenn die Kindesmutter die Erbschaft für das ungeborene Kind bereits ausgeschlagen hat und der Kindesvater im verbleibenden Zeitraum bis zur Geburt noch die elterliche Sorge erlangt, sodass die Eltern dann im Zeitpunkt der Geburt gemeinsam sorgeberechtigt sind.

In der Literatur und Rechtsprechung findet sich keine konkrete Lösung des Problems. Es wird lediglich auf § 1912 Abs. 2 BGB verwiesen.

Würde man die Auffassung vertreten, dass der maßgebliche Zeitpunkt die Geburt des ungeborenen Kindes ist, führt dies in der Folge dazu, dass der Kindesvater die Erbschaft nachträglich ebenfalls noch ausschlagen muss, damit die Ausschlagung wirksam wird. Dies führt dann allerdings weiter auch dazu, dass im Zeitpunkt, in welchem die Ausschlagung der Kindesmutter eingeht, nicht klar ist, ob diese Ausschlagungserklärung ausreicht oder ob ggf. noch eine Erklärung des

¹¹ MüKoBGB/Schneider, BGB § 1912 Rn. 12.

¹² vgl. MüKoBGB/Schneider, BGB § 1912 Rn. 12.

¹³ vgl. Grüneberg/Weidlich, § 1923 Rn. 6.

Kindesvaters erforderlich wird. Ob der Kindesvater das Sorgerecht noch vor Geburt erlangt, wird dem Nachlassgericht im Zweifel nicht bekannt.

Auch aus Sicht der Rechtsuchenden würde dies vermutlich zu Irritationen führen, da dem Kindesvater im Zweifel die Konsequenzen der Erlangung des Sorgerechts für die bereits durch die Kindesmutter abgegebene Ausschlagungserklärung nicht bekannt sind.

Überzeugender wäre daher der Ansatz auf den Zeitpunkt der Erklärung abzustellen. In diesem Zeitpunkt könnte dann genau bestimmt werden, wer die elterliche Sorge für den Nasciturus innehat. Dies würde für mehr Rechtssicherheit sorgen. Ein weiteres Argument für diesen Ansatz findet sich in der Tatsache, dass für den Fall, dass ein Pfleger nach § 1912 Abs. 1 BGB bestellt werden würde, dieser auch wirksam Erklärungen vor der Geburt des ungeborenen Kindes abgeben kann (beispielsweise bei der Geltendmachung von Unterhalt gemäß § 247 FamFG). Bei diesen Erklärungen wird bezüglich der Vertretungsmacht auf den Zeitpunkt des konkreten Fürsorgebedürfnisses abgestellt. Es erscheint daher plausibel auch bei den Eltern eines ungeborenen Kindes auf den Zeitpunkt des Fürsorgebedürfnisses, also auf den Zeitpunkt der Abgabe der Ausschlagungserklärung, abzustellen.

2.2.2. Vormund

Neben Eltern als gesetzliche Vertreter kommt bei minderjährigen Kindern auch der Vormund in Betracht. Dies ist immer dann der Fall, wenn das Kind nicht unter elterlicher Sorge steht oder wenn die Eltern in den das Vermögen und die Personensorge betreffenden Angelegenheiten nicht zur Vertretung des Minderjährigen berechtigt sind (§ 1773 Abs.1 BGB) oder der Familienstand des Kindes nicht zu ermitteln ist (§ 1773 Abs. 2 BGB). Ein Vormund ist gemäß § 1793 Abs. 1 S. 1 BGB zur Vertretung des Mündels berechtigt. Soweit mehrere Vormünder bestellt sind, vertreten diese das minderjährige Kind gemäß § 1797 Abs. 1 S. 1 BGB gemeinsam, es sei denn das Familiengericht trifft eine anderweitige Entscheidung.

2.2.3. Betreuer

Nicht nur bei Minderjährigen kommt es vor, dass die Erklärung der Erbausschlagung durch einen gesetzlichen Vertreter abzugeben ist. Auch Erwachsene, die gemäß § 2 BGB mit Vollendung des 18. Lebensjahres als volljährig gelten, benötigen unter bestimmten Voraussetzungen einen gesetzlichen Vertreter.

Für Personen, die z. B. aufgrund ihrer geistigen Fähigkeiten nicht in der Lage sind, wirksame Willenserklärungen abzugeben, kann gemäß § 1896 BGB ein Betreuer bestellt werden, der dann gemäß § 1902 BGB die betreute Person im Rahmen seines Aufgabenkreises vertritt. Gemäß § 1899 BGB können auch mehrere Betreuer bestellt werden. Dabei bestimmt das Betreuungsgericht, welcher Betreuer mit welchen Aufgabenkreisen betraut wird. Soweit mehrere Betreuer mit demselben Aufgabenkreis betraut werden, können sie gemäß § 1899 Abs. 2 BGB nur gemeinsam handeln, es sei denn das Gericht hat etwas anderes bestimmt.

3. Form der Ausschlagung

3.1. Rechtsnatur und Wirksamkeitsvoraussetzung

Bei der Ausschlagungserklärung handelt es sich nicht um eine Verfahrenshandlung, sondern vielmehr um eine Willenserklärung nach materiellem Recht. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen richten sich daher nach den Vorschriften des BGB. Die Erklärung der Ausschlagung ist eine einseitige, amtsempfangsbedürftige Willenserklärung, welche gemäß § 130 Abs. 3, 1 BGB erst mit Zugang beim Nachlassgericht wirksam wird.¹⁴

3.2. Form

Die Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht kann gemäß § 1945 Abs. 1 HS 2 BGB entweder zur Niederschrift des Nachlassgerichts oder in öffentlich beglaubigter Form abgegeben werden. In der Praxis erfolgt die

¹⁴ vgl. MüKoBGB/Leipold BGB § 1945 Rn. 2.

öffentliche Beglaubigung entweder durch einen Notar, die deutsche Auslandvertretung oder durch sogenannte Ortsgerichte, welche jedoch ausschließlich in Hessen tätig sind.¹⁵ Für gewöhnlich wird die Erklärung durch den Notar nicht lediglich beglaubigt, sondern insgesamt beurkundet. Die Beurkundung durch den Notar hat gemäß § 129 Abs. 2 BGB jedoch keinerlei Auswirkung auf die Wirksamkeit der Erklärung.

Sofern die Erklärung zur Niederschrift des Nachlassgerichts erfolgt, wird diese gemäß § 1945 Abs. 2 BGB nach den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes errichtet.

Erfolgt die Ausschlagung gegenüber einem deutschen Nachlassgericht, so ist die Erklärung wegen § 184 S. 1 GVG in deutscher Sprache abzugeben.¹⁶

3.3. Zuständigkeit

3.3.1. Sachlich

Sachlich zuständig für die Entgegennahme der Ausschlagung ist gemäß § 23a Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 GVG i.V.m. § 342 Abs. 1 Nr. 5 FamFG das Amtsgericht als Nachlassgericht.

3.3.2. Örtlich

3.3.2.1. Allgemein

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich zunächst grundsätzlich nach § 343 Abs. 1 FamFG. Demnach ist die Erklärung der Ausschlagung bei dem Nachlassgericht abzugeben, in dessen Bezirk der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

§ 344 Abs. 7 S. 1 FamFG eröffnet daneben jedoch noch eine weitere Option: örtlich zuständig für die Entgegennahme einer Erklärung, mit der eine Erbschaft ausgeschlagen wird, ist auch das Nachlassgericht, in dessen Bezirk die erklärende

¹⁵ www.ortsgericht.de/index.html.

¹⁶ vgl. OLG Köln NJW-RR 2014, 1037; vgl. OLG Schleswig ZEV 2015, 583.

Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dieses nimmt die Erklärung dann nicht im Wege der Rechtshilfe auf, sondern ist originär für die Entgegennahme zuständig.¹⁷ Die Zuständigkeit bezieht sich dabei nicht nur auf Erklärungen, die zur Niederschrift des Nachlassgerichts abgegeben werden, sondern auch auf notariell beglaubigte oder auch beurkundete Ausschlagungserklärungen.¹⁸

Für den Fall, dass ein nach § 344 Abs. 7 FamFG zuständiges Nachlassgericht die Erklärung der Ausschlagung entgegennimmt, hat es die Erklärung gemäß § 344 Abs. 7 S. 2 FamFG an das nach § 343 Abs. 1 FamFG zuständige Gericht weiterzuleiten.

Ob die Zuständigkeit nach § 344 Abs. 7 BGB FamFG auch die Entgegennahme der erteilten familien- und betreuungsgerichtlichen Genehmigungen umfasst, ist in der Praxis strittig. Weder Literatur noch Rechtsprechung bieten für diese Frage einen konkreten Lösungsansatz. Sofern das Wohnsitzgericht bereits mit der Entgegennahme der Ausschlagungs- oder Anfechtungserklärung befasst war, erscheint es durchaus plausibel, dass das Gericht auch die entsprechende Genehmigung entgegennehmen kann.¹⁹ Dies würde sich insbesondere anbieten, wenn die verbleibende Restfrist derart knapp bemessen ist, dass die Mitteilung des gesetzlichen Vertreters über das Gebrauchmachen von der Genehmigung bei dem zuständigen Nachlassgericht nach § 343 Abs. 1 FamFG nicht mehr rechtzeitig eintreffen würde.²⁰

Sofern das Nachlassgericht nicht mit der Erbausschlagung befasst war, dürfte eine Zuständigkeit für die Entgegennahme der Genehmigung nach § 344 Abs. 7 FamFG nicht gegeben sein.

Ein Großteil der Praxis vertritt die Auffassung, dass die Genehmigung bzw. die Mitteilung vom Gebrauchmachen der Genehmigung bei dem nach § 343 Abs. 1 FamFG zuständigen Gericht einzureichen ist. Dies wird insbesondere damit begründet, dass das Wohnsitzgericht nach § 344 Abs. 7 FamFG die entgegengenommene Ausschlagungs- bzw. Anfechtungserklärung lediglich entgegennimmt und dann an das zuständige Nachlassgericht weiterleitet. Es ist mit dem weiteren Verfahren nicht mehr befasst. *„Die Zuständigkeit nach*

¹⁷ vgl. Grüneberg/Weidlich, § 1945 Rn. 7.

¹⁸ vgl. Burandt/Rojahn/Gierl, FamFG § 344 Rn. 15-16.

¹⁹ vgl. so auch Prütting/Helms/Fröhler, FamFG, § 344 Rn. 68.

²⁰ vgl. DJuF, Rechts- und Themengutachten, 1. Auflage, Edition 38 2022, Erbrecht – Ausschlagung der Erbschaft, insbesondere durch den Vormund; Themengutachten: TG-1145/Bernhard Knittel/Petra Birnstengel

§ 344 Abs. 7 FamFG ist auf die genannten Tätigkeiten beschränkt, eine Zuständigkeit für weitere Tätigkeiten wird nicht begründet.²¹

Das Einreichen des Genehmigungsbeschlusses dient zudem dem Gebrauchmachen von der Genehmigung gegenüber dem Nachlassgericht.²² Gemeint ist dabei jedoch das zuständige Nachlassgericht gemäß § 343 FamFG, da dieses sodann auch für die Prüfung der Wirksamkeit der Ausschlagung zuständig ist.

Um mögliche Irritationen bzgl. der Zuständigkeit zu vermeiden, empfiehlt es sich jedoch, die entsprechende familien- oder betreuungsgerichtliche Genehmigung bei dem zuständigen Nachlassgericht nach § 343 Abs. 1 FamFG einzureichen.

3.3.2.2. Problemfall: Örtliche Zuständigkeit bei gesetzlicher Vertretung

Beispiel: Der Erblasser E hatte seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Gerichtsbezirk A. Zuständig gemäß § 343 Abs. 1 FamFG ist daher das Amtsgericht A. Als Erbe kommt das minderjährige Kind K in Betracht. Es lebt mit seiner Mutter M im Gerichtsbezirk B. Der ebenfalls sorgeberechtigte Vater V lebt im Gerichtsbezirk C.

Es stellt sich mithin die Frage, welches Gericht nach § 344 Abs. 7 FamFG für die Entgegennahme der Erklärungen zuständig wäre.

In Bezug auf die örtliche Zuständigkeit für die Entgegennahme der Ausschlagungserklärung durch den gesetzlichen Vertreter stellt sich vorliegend die Frage, auf welche Person abzustellen ist.

In Betracht kommen dabei das minderjährige Kind K, für welches die Erklärung abgegeben werden soll, oder der gesetzliche Vertreter, der in diesem Fall als „die erklärende Person“ fungiert.

Unproblematisch wäre dies, wenn alle Beteiligten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Gerichtsbezirk hätten. Es kommt in der gerichtlichen Praxis jedoch auch vor, dass der Vertretene und der Vertreter ihren gewöhnlichen Aufenthalt in verschiedenen Gerichtsbezirken haben.

²¹ Bahrenfuss/Schaal, FamFG § 344 Rn. 42.

²² vgl. OLG Frankfurt a.M., FGPrax 2018, 281 (282) m.w.N..

Die Vorschrift des § 344 Abs. 7 FamFG ist diesbezüglich nicht eindeutig. Folgt man dem Wortlaut der Vorschrift, könnte man davon ausgehen, dass unter der erklärenden Person die Person des Vertreters zu verstehen ist, da die Erklärung rein tatsächlich von diesem abgegeben wird. Allerdings gibt der gesetzliche Vertreter die Erklärung nicht für sich selbst, sondern für den Vertretenen ab.

Ein Teil der Literatur²³ vertritt die Auffassung, dass das minderjährige Kind in analoger Anwendung von § 11 BGB den Wohnsitz seines sorgeberechtigten Elternteils teilt. Sind beide Elternteile sorgeberechtigt und haben diese verschiedene Wohnsitze führt dies zu einem gesetzlichen Doppelwohnsitz. Dies würde dazu führen, dass beide Gerichte zuständig seien.²⁴

Nach dieser Auffassung wird demnach auf die Person des Vertretenen abgestellt und nicht auf die Person des Vertreters. Die Aufgabe des Vertreters besteht darin, für den Vertretenen eine Rechtshandlung in dessen Rechtskreis vorzunehmen. Es ist dem Vertreter dabei zuzumuten, diese Aufgabe dort wahrzunehmen, wo der Vertretene seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.²⁵

Dies erscheint insbesondere bei der Erklärung der Ausschlagung für einen Betreuten naheliegend. Nicht zu vergessen ist dabei, dass die Erklärung der Ausschlagung unter den Voraussetzungen des § 1945 Abs. 3 BGB auch durch einen Bevollmächtigten (z.B. auch Vorsorgebevollmächtigten) erfolgen kann. In Bezug auf die Befugnisse des Vertreters wird zwischen einem Betreuer und einem Vorsorgebevollmächtigten nicht differenziert. Würde man in diesem Fall auf den gewöhnlichen Aufenthalt des gewillkürten Vertreters abstellen, würde sich die Zuständigkeit des Nachlassgerichts rein zufällig bestimmen.²⁶

Daher erscheint es sinnvoll auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Vertretenen abzustellen.

Weiterhin erscheint es im Hinblick auf den Umstand, dass heutzutage immer mehr Eltern das sogenannte Wechselmodell praktizieren, durchaus sinnvoll die Ansicht zu vertreten, dass das minderjährige Kind einen doppelten gewöhnlichen Aufenthalt hat.

²³ vgl. Bahrenfuss/Schaal, FamFG § 344 Rn. 43.

²⁴ vgl. Bahrenfuss/Schaal a.a.O.; Prütting/Helms/Fröhler, FamFG, § 344 Rn. 72c.

²⁵ vgl. DNotI-Report 2020, 35.

²⁶ vgl. DNotI-Report 2020 a.a.O..

Im Ergebnis führt dies im vorliegenden Beispielfall dazu, dass gemäß § 344 Abs. 7 FamFG sowohl das Amtsgericht B, als auch das Amtsgericht C alternativ zuständig sind.

4. Ausschlagungsfrist

4.1. Allgemein

Die Erklärung der Ausschlagung kann nur binnen der in § 1944 BGB normierten Frist erfolgen. Die Frist beginnt gemäß § 1944 Abs. 2 S. 1 BGB in dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe Kenntnis vom Anfall und dem Grunde der Berufung erlangt. Ist der Erbe durch Verfügung von Todes wegen berufen, beginnt die Frist jedoch nicht vor Bekanntgabe der Verfügung von Todes wegen durch das Nachlassgericht (vgl. § 1944 Abs. 2 S. 2 BGB).

Kenntnis im Sinne des § 1944 Abs. 2 S. 1 BGB setzt dabei *„ein zuverlässiges Erfahren der maßgeblichen Umstände voraus, auf Grund dessen ein Handeln erwartet werden kann.“*²⁷

Es ist demnach erforderlich, dass der Erbe Kenntnis vom Tod des Erblassers hat. Zudem muss er sicher wissen, weshalb er als Erbe berufen ist, d.h. ob er aufgrund Gesetzes oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen als Erbe in Betracht kommt.²⁸

Gemäß § 1948 Abs. 1 BGB handelt es sich bei der Berufung kraft Gesetzes und bei der Berufung aufgrund einer Verfügung von Todes wegen um verschiedene Berufungsgründe.²⁹

Bei der gesetzlichen Erbfolge wird die Kenntnis des Berufungsgrundes angenommen, wenn dem Erben die Familienverhältnisse, die sein Erbrecht begründen, bekannt sind und er nach Abwägung der Gesamtumstände keinerlei Vermutung hat, die darauf hindeutet, dass er durch eine letztwillige Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen wurde.³⁰

²⁷ BGH NJW-RR 2000, 1530; OLG München NJW-RR 2006, 1668 (1669); vgl. OLG Zweibrücken NJW-RR 2006, 1594 (1595).

²⁸ vgl. Firsching/Graf/Krätzschel, § 16 Rn. 17.

²⁹ vgl. BGH ZEV 2000, 401.

³⁰ vgl. OLG Rostock NJW-RR 2012, 1356 m.w.N.

Wie bereits zuvor erwähnt, beginnt die Frist bei Vorhandensein einer letztwilligen Verfügung gemäß § 1944 Abs. 2 S. 3 BGB erst mit Bekanntgabe der Verfügung von Todes wegen durch das Nachlassgericht. Daraus kann geschlussfolgert werden, dass der Erbe die konkrete Verfügung von Todes wegen kennen muss. § 1948 Abs. 2 BGB geht dabei dem Wortlaut nach davon aus, dass es sich bei der Erbeinsetzung durch Testament und durch Erbvertrag um zwei verschiedene Berufungsgründe handelt. Demnach muss dem Erben also auch bekannt sein, ob er aufgrund eines Testaments oder aufgrund eines Erbvertrages zum Erben berufen ist. Sofern mehrere Verfügungen von Todes wegen vorhanden sind, muss dem Erben konkret bewusst sein, aus welcher letztwilligen Verfügung sich sein Erbrecht begründet. Dabei ist es jedoch nicht erforderlich, dass dem Erben der gesamte Inhalt der letztwilligen Verfügung bekannt ist.³¹

Anhand dieser Erkenntnisse kann Folgendes geschlussfolgert werden:

Geht der Erbe davon aus, dass er kraft Gesetzes zum Erben berufen sei, obwohl er tatsächlich aufgrund Testaments oder Erbvertrages zum Erben berufen ist, beginnt die Ausschlagungsfrist nicht zu laufen.³² Dasselbe gilt im umgekehrten Fall:

Glaubt der Erbe aufgrund einer Verfügung von Todes wegen berufen zu sein, die jedoch unwirksam ist, fehlt ihm die erforderliche Kenntnis vom Berufungsgrund, sodass die Ausschlagungsfrist ebenfalls nicht zu laufen beginnt.³³

Dies gilt auch, wenn der Erbe der Annahme ist, dass er aufgrund einer unwirksamen Verfügung von Todes wegen vom Erbe ausgeschlossen wurde, obwohl eine weitere wirksame Verfügung zugunsten des Erben vorliegt.³⁴

³¹ vgl. Grüneberg/*Weidlich*, § 1944 Rn. 4.

³² vgl. BayObLG NJW 1953, 1431; vgl. OLG München ZWV 2006, 554; vgl. OLG Zweibrücken NJW-RR 2006, 1594 (1595).

³³ vgl. Grüneberg/*Weidlich*, § 1944 Rn. 5.

³⁴ vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 15.01.2021 – 10 W 59/20, BeckRS 2021, 23691.

4.2. Problemfall: Wessen Kenntnis ist relevant?

Wie bereits erörtert, ist für den Beginn der Ausschlagungsfrist die Kenntnis des Erben erforderlich. Dabei stellt sich jedoch die Frage, wie dies bei Minderjährigen und Betreuten zu beurteilen ist. In beiden Fällen gibt es einen oder mehrere gesetzliche Vertreter. Es ist dabei nicht unüblich, dass der Zeitpunkt der Kenntnisnahme bei dem gesetzlichen Vertreter und dem Vertretenen unterschiedlich ist. Daher stellt sich in der Praxis nunmehr die Frage, wessen Kenntnis in einem solchen Fall entscheidend ist.

Für geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Erben ist die Kenntnis ihres gesetzlichen Vertreters maßgeblich.³⁵

Steht einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge zu, so ist seine Kenntnis ausreichend.³⁶

Fraglich ist jedoch, wie die Sachlage zu beurteilen ist, wenn der minderjährige Erbe durch die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern vertreten wird. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob die Kenntnis eines Elternteils ausreichend ist oder ob zwingend beide Elternteile Kenntnis vom Anfall der Erbschaft an ihr minderjähriges Kind haben müssen. Interessant ist dabei weiterhin die Frage, ob die Frist bereits bei Kenntnisnahme durch den ersten Elternteil beginnt oder ab dem Zeitpunkt, indem beide Elternteile Kenntnis haben. Oder ob für jeden Elternteil eine eigene Frist läuft. Die Lösungen dieser Fragen sind in der Literatur und Rechtsprechung umstritten.

Bezüglich der Frage, ob die Kenntnis eines Elternteils ausreichend ist, könnte man ggf. die analoge Anwendung von § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB in Erwägung ziehen. Demnach wäre, sofern eine Willenserklärung gegenüber dem minderjährigen Kind abzugeben ist, die Abgabe gegenüber einem Elternteil ausreichend.

Bei der Kenntnisnahme vom Anfall der Erbschaft und dem Berufungsgrund handelt es sich jedoch nicht um eine Abgabe einer Willenserklärung, sondern vielmehr um die Kenntnis einer Tatsache, auf deren Grundlage eine Entscheidung getroffen werden soll.³⁷

³⁵ vgl. BGH NJW 2019, 1071 (1072); vgl. OLG Brandenburg ZEV 2002, 283 (285); vgl. OLG Frankfurt a.M. FGPrax 2018, 281 (282); vgl. OLG Hamm ZEV 2018, 136 (137); vgl. OLG Koblenz BeckRS 2008, 00834 = FamRZ 2008, 1031.

³⁶ vgl. OLG Frankfurt a.M. FGPrax 2018, 281 (282).

³⁷ vgl. OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2012, 16164 m.w.N..

In der vorliegenden Konstellation könnte auf den Rechtsgedanken des § 166 BGB zurückzugreifen.³⁸ Gemäß § 166 BGB ist nicht auf die Person des Vertretenen, sondern auf die des Vertreters abzustellen. Der Wortlaut des § 166 BGB schafft bezüglich der Frage, ob auf die Kenntnis beider sorgeberechtigter Elternteile abzustellen ist, keine Klarheit. Entsprechend gibt es verschiedene Ansichten hinsichtlich des Fristbeginns gemäß § 1944 Abs. 2 BGB. So geht beispielsweise das Oberlandesgericht Frankfurt a.M. bezüglich der Frage der Verjährung davon aus, dass die Kenntnis eines gesetzlichen Vertreters in entsprechender Anwendung des § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB ausreichend ist.³⁹ Entgegen dieser Auffassung argumentierte der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 16.01.2019, dass es sachgerecht sei, „den Zeitpunkt für den Beginn der Ausschlagungsfrist einheitlich festzusetzen.“⁴⁰ Auf welchen konkreten Zeitpunkt abzustellen ist, wird nachstehend erörtert.

Für die Klärung dieser Problematik ist der Normzweck des § 1944 BGB relevant. Die Ausschlagungsfrist soll dem Erben die Gelegenheit geben, bezüglich des Bestandes des Nachlasses Auskünfte einzuholen und infolge dieser eine Entscheidung bezüglich der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft treffen zu können. Dem gegenüber steht das Interesse des Rechtsverkehrs eine zügige Klärung der Rechtslage herbeizuführen.

Ein weiterer wichtiger Aspekt ist, dass für die wirksame Ausschlagung der Erbschaft die Erklärung beider sorgeberechtigter Elternteile erforderlich ist.⁴¹

Daraus kann geschlussfolgert werden, dass beiden Elternteilen die Möglichkeit eingeräumt werden muss, Überlegungen bezüglich der Entscheidung zur Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft für ihr minderjähriges Kind anzustellen.

Erforderlich hierfür ist allerdings, dass beide Vertretungsberechtigte Kenntnis vom Anfall der Erbschaft an ihr minderjähriges Kind haben.

Bezüglich des Fristbeginns ist entsprechend des Normzwecks des § 1944 BGB auf die Interessen des minderjährigen Erben abzustellen. Der Fristbeginn allein bei Kenntnis des ersten Elternteils würde dazu führen, dass die Überlegungsfrist für

³⁸ vgl. OLG Celle, FamRZ 2010, 836; a.A. Palandt/*Weidlich*, 71. Auflage, § 1944 Rn. 6.

³⁹ vgl. OLG Frankfurt, FamRZ 1992, 181.

⁴⁰ BGH ZEV, 2019, 141 Rn. 13; vgl. auch OLG Frankfurt a. M. ZEV 2013, 196.

⁴¹ vgl. BayObLGZ 1977, 163.

den anderen Elternteil ggf. verkürzt würde, sofern dieser erst später tatsächlich Kenntnis erlangt.⁴²

Ein weiterer wichtiger Aspekt ist, dass eventuelle Kommunikationsschwierigkeiten der Eltern zu Lasten des minderjährigen Kindes gehen würden. Dies ist insbesondere bei den zahlreich nicht zusammenlebenden aber gemeinsam sorgeberechtigten Eltern ein nicht ganz unwichtiges Argument.

Die herrschende Meinung vertritt daher die Auffassung, dass der Zeitpunkt, zu dem der letzte von den gemeinsam Sorgeberechtigten erstmals Kenntnis erlangt hat, für den Fristbeginn der Ausschlagungsfrist relevant ist.⁴³

Bei Betreuten kommt es hingegen darauf an, ob der Betreute selbst geschäftsfähig ist oder nicht. Ist der Betreute nicht geschäftsfähig oder nur beschränkt geschäftsfähig, so ist, wie eingangs bereits erwähnt, auch bei ihm auf die Kenntnis seines gesetzlichen Vertreters abzustellen.

Ist der Betreute jedoch voll geschäftsfähig, könnte er die Erklärung der Erbausschlagung prinzipiell auch selbst abgeben, da § 9 Abs. 5 FamFG nur für Verfahrenshandlungen, nicht aber für Erbausschlagungserklärungen gilt.

In diesem Fall genügt entweder die Kenntnis des Vertretenen oder die seines Betreuers.⁴⁴ Für den Fristbeginn ist dabei „*die Kenntnis desjenigen maßgeblich, der früher Kenntnis erhalten hat.*“⁴⁵

⁴² vgl. OLG Frankfurt a.M., BeckRS 2012, 16164.

⁴³ vgl. BGH ZEV 2019, 141 Rn. 13 m.w.N.; vgl. OLG Frankfurt a.M. a. a. O. = ZEV 2013, 196.

⁴⁴ vgl. Grüneberg/Weidlich, § 1944 Rn. 6.

⁴⁵ Horn ZEV 2016, 20 (21) m.w.N..

4.3. Problemfall: Bestellung eines Betreuers innerhalb der Ausschlagungsfrist

Beispiel: Die Dachdeckerin D ist aufgrund gesetzlicher Erbfolge zur Erbin nach ihrer Mutter berufen. Kurz nach dem Tod ihrer Mutter am 10.01.2022 stürzt D bei der Arbeit von einem Dach und liegt seit ihrem Arbeitsunfall im Koma. Infolgedessen ist sie geschäftsunfähig geworden. Kenntnis vom Anfall der Erbschaft und dem Berufungsgrund hatte D bereits am Todestag. Zwei Monate nach dem Tod ihrer Mutter wird für D am 10.03.2022 ein Betreuer bestellt.

Fraglich ist, wann der Lauf der Ausschlagungsfrist beginnt.

Grundsätzlich beginnt die Erbausschlagungsfrist mit der Kenntnis vom Anfall der Erbschaft und dem Grunde der Berufung. Anhand des vorliegenden Falls würde die Frist damit am 10.01.2022 beginnen. Nunmehr besteht jedoch das Problem, dass D aufgrund ihres komatösen Zustandes nicht in der Lage ist, die Erbschaft selbst auszuschlagen. Dies würde dazu führen, dass D nach Ablauf der sechswöchigen Ausschlagungsfrist als Erbin gilt, obwohl sie bis dato keinerlei Möglichkeit hatte die Erbschaft auszuschlagen.

Eine Abhilfe hierfür schafft der Verweis in § 1944 Abs. 2 S. 3 BGB auf die Verjährungsvorschriften §§ 206, 210 BGB.

Gemäß § 210 Abs. 1 S. 1 BGB wird dabei der Ablauf der Ausschlagungsfrist gehemmt, solange eine geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Person ohne gesetzlichen Vertreter ist. Die Frist wird dabei jedoch nicht entsprechend § 209 BGB verlängert, sondern beginnt nach § 210 Abs. 1 S. 1, 2 BGB für den gesetzlichen Vertreter für weitere 6 Wochen zu laufen.⁴⁶ Die Frist beginnt demnach erst mit dem Wegfall des Vertretungsmangels bzw. bei Erlangung der vollständigen Geschäftsfähigkeit.⁴⁷

Einer erneuten Kenntnis des Erben oder des gesetzlichen Vertreters nach Wegfall des Hemmungsgrundes bedarf es dabei nach herrschender Meinung nicht.⁴⁸

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass im vorliegenden Beispielfall die Ausschlagungsfrist mit Bestellung des Betreuers am 10.03.2022 erneut beginnt, sodass dieser für D innerhalb der Frist die Ausschlagung wirksam erklären kann.

⁴⁶ vgl. MüKoBGB/Leipold, BGB § 1944 Rn. 26.

⁴⁷ vgl. BGH NJW-RR 2000, 1530; vgl. DIJuF Rechtsgutachten, Das Jugendamt 2002, 342.

⁴⁸ vgl. Grüneberg/Weidlich, § 1944 Rn. 7.

Selbiges gilt auch, wenn der gesetzliche Vertreter nach seiner Kenntnis und damit nach Fristbeginn wegfällt (beispielsweise durch Tod, Abberufung etc.). Mit der Bestellung des Nachfolgers beginnt sodann die neue Frist. Hintergrund ist insbesondere, dass *„die nunmehr zur Entscheidung berufene Person die Entscheidung über die Ausschlagung treffen muss“* und ihr damit auch die Möglichkeit eingeräumt werden muss, Überlegungen diesbezüglich anzustellen.⁴⁹

Auch in diesem Fall bedarf es keiner erneuten Kenntnis, *„da der neue Vertreter die Rechtslage so hinnehmen muss, wie er sie vorfindet.“*⁵⁰

4.4. Fristhemmung gemäß §§ 1944 Abs. 2 S. 3, 206 BGB

Einen weiteren Fall der Fristhemmung bildet §§ 1944 Abs. 2 S. 3, 206 BGB. Hiernach ist die Ausschlagungsfrist gehemmt, solange eine Rechtsverfolgung aufgrund höherer Gewalt scheitert. Höhere Gewalt liegt vor, *„wenn die Verhinderung auf Ereignissen beruht, die durch äußerste, billigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhindert werden konnte“*.⁵¹ Schon das geringste Verschulden lässt die höhere Gewalt entfallen.⁵²

Hauptanwendungsfall bildet dabei die Fristhemmung bei erforderlicher familien- oder betreuungsgerichtlicher Genehmigung.

Gemäß § 1831 S. 1 BGB bedarf es zur Vornahme von einseitigen Rechtsgeschäften (hier: die Erklärung der Ausschlagung) der vorherigen Genehmigung.

§ 1831 S. 1 BGB ist jedoch einschränkend dahingehend auszulegen, dass bei einseitigen Rechtsgeschäften, die innerhalb einer Frist vorzunehmen sind, *„die Einholung der Genehmigung bei rechtzeitigem Antrag innerhalb der Ausschlagungsfrist innerhalb der Frist nachgeholt werden kann.“*⁵³ Dabei wird § 1945 Abs. 3 BGB analog angewendet.⁵⁴

In der Praxis kommt es selten vor, dass dem gesetzlichen Vertreter die familien- oder betreuungsgerichtliche Genehmigung bereits zum Zeitpunkt der Erklärung

⁴⁹ BeckOK BGB/Siegmann/Höger, BGB § 1944 Rn. 9.

⁵⁰ Grüneberg/Weidlich, § 1944 Rn. 7.

⁵¹ BGH NJW 1982, 96 (97); BayObLG NJWE-FER 1998, 37 (38).

⁵² vgl. BGH NJW 1973, 698.

⁵³ KG BeckRS 2016, 09173; vgl. auch RGZ 118, 145.

⁵⁴ vgl. RGZ a.a.O..

der Ausschlagung erteilt wurde bzw. innerhalb der eigentlich laufenden Frist erteilt werden wird. Dies liegt zum einen daran, dass der Genehmigungsbeschluss gemäß §§ 40 Abs. 2, 63 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 FamFG erst nach mindestens zwei Wochen wirksam wird und zum anderen an den längeren Bearbeitungszeiten aufgrund der zahlreichen Ermittlungen der Familien- und Betreuungsgerichte.⁵⁵

In dieser gerichtsintern bedingten Verzögerung wird ein typischer Fall des Stillstands der Rechtspflege gesehen. Aufgrund dessen ist die Frist während des gesamten Bearbeitungszeitraumes, d.h. von der Einleitung des Genehmigungsverfahrens bis zur formellen Rechtskraft der Entscheidung und Bekanntgabe an den gesetzlichen Vertreter, gehemmt.⁵⁶

Mit Beendigung der Ablaufhemmung läuft die Ausschlagungsfrist entsprechend § 209 BGB vom Beginn des nächsten Tages (0 Uhr) weiter.⁵⁷ Der Zeitraum zwischen Wirksamwerden der Genehmigung und der Mitteilung derselben an das Nachlassgericht wird dabei nicht von der Ablaufhemmung umfasst.⁵⁸

Es existieren jedoch auch noch weitere Fälle von höherer Gewalt, die zu einer Hemmung der Frist führen. Regt ein Betreuer beispielsweise die Bestellung eines anderen Betreuers an, da er sich aufgrund der Schwierigkeiten der im Zusammenhang mit der Frage der Ausschlagung zu entscheidenden Probleme nicht in der Lage fühlt die Nachlassangelegenheit selbst abzuwickeln und unterlässt das Betreuungsgericht den Hinweis, dass der Betreuer die Ausschlagung ggf. noch selbst innerhalb der Ausschlagungsfrist vornehmen müsse, so ist die Frist für die Dauer des betreuungsgerichtlichen Verfahrens zur Bestellung des Betreuers gehemmt.⁵⁹

Ein weiteres aktuelles Beispiel stellt die Covid-19 Pandemie dar.

Vergibt das zuständige Nachlassgericht aufgrund der Pandemielage keinen rechtzeitigen Termin für die Wahrung der Ausschlagungsfrist, so handelt es sich hierbei um einen Stillstand der Rechtspflege, der ebenfalls als höhere Gewalt anzusehen ist.⁶⁰ In der Praxis wird unter Umständen jedoch auch die Auffassung

⁵⁵ vgl. z. B. OLG Saarbrücken, Rpfleger 2011, 607 = BeckRS 2011, 18369, bei dem das Verfahren zur Erteilung der Genehmigung mehr als 4 Monate dauerte.

⁵⁶ vgl. KG BeckRS 2016, 09173 = ErbR 2016, 210; vgl. OLG Brandenburg ZEV 2014, 540 (541); vgl. OLG Frankfurt a. Main, OLGZ 1966, 337 (338f.) = DNotZ 1966, 613; vgl. OLG Saarbrücken a.a.O.; vgl. BayObLGZ 1983, 9 (13).

⁵⁷ vgl. OLG Brandenburg ZEV 2014, 540.

⁵⁸ vgl. KG BeckRS a.a.O.; OLG Frankfurt a.M. FGPrax 2018, 281 (282); vgl. OLG Frankfurt a.M., OLGZ 1966, 337 (338).

⁵⁹ vgl. BayObLG FamRZ 1998, 642 = NJWE-FER 1998, 37 (38).

⁶⁰ vgl. Grüneberg/Weidlich, § 1944 Rn. 7.

vertreten, dass es sich insoweit nicht um einen Stillstand der Rechtspflege handelt, als dass dem Bürger eine andere Möglichkeit der Beurkundung (beispielsweise durch einen Notar) zusteht.⁶¹

Ein weiterer Fall der Fristhemmung gemäß § 206 BGB kann vorliegen, wenn sich der Erbe in Quarantäne befindet. In diesem Fall kann er sich weder zum zuständigen Nachlassgericht noch zu einem Notar begeben, um das Erbe auszuschlagen. Notaren ist jedoch der Zugang zu abgesonderten Personen gemäß § 30 Abs. 4 S. 2 Alt. 1 IfSG zu gestatten, sodass die Abgabe der Erklärung vor einem Notar grundsätzlich möglich wäre. Der Notar ist jedoch nicht verpflichtet den ausschlagungswilligen Erben aufzusuchen. Findet der Erbe keinen Notar, der sich dazu bereit erklärt die Ausschlagungserklärung aufzunehmen, liegt ebenfalls ein Fall von höherer Gewalt vor.⁶²

⁶¹ vgl. *Gäbler*, Rpfleger 2020, 559 (560).

⁶² vgl. BeckOGK/*Heinemann*, BGB § 1944 Rn. 94.

5. Erforderlichkeit einer familien- bzw. betreuungsgerichtlichen Genehmigung

5.1. Allgemein

5.1.1. Genehmigung gemäß § 1643 Abs. 2 BGB

Schlagen die Eltern die Erbschaft für ihr minderjähriges Kind aus, so bedarf es zur Wirksamkeit ihrer Ausschlagungserklärung grundsätzlich einer familiengerichtlichen Genehmigung gemäß § 1643 Abs. 2 S. 1 BGB. Die Vorschrift gilt jedoch nicht nur für die Ausschlagung einer Erbschaft, sondern auch für die Ausschlagung eines Vermächtnisses oder den Verzicht auf einen Pflichtteil. Dasselbe gilt zudem für die Anfechtung der Annahme der Erbschaft. Für die Annahme der Erbschaft oder des Vermächtnisses oder für die Anfechtung der Erbausschlagung bedarf es hingegen keiner familiengerichtlichen Genehmigung, auch wenn die Annahme der Erbschaft durch Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist erfolgte.⁶³

Von dem Grundsatz der Erforderlichkeit der Genehmigung normiert § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB eine Ausnahme. Danach bedarf es im Umkehrschluss keiner familiengerichtlichen Genehmigung, wenn der Anfall der Erbschaft an das minderjährige Kind infolge der Ausschlagung des Elternteils erfolgt, der das Kind allein oder gemeinsam mit dem anderen sorgeberechtigten Elternteil vertritt. Weitere Voraussetzung ist dabei jedoch, dass der Elternteil nicht neben dem Kind als Erbe berufen war.

Ist demnach beispielsweise der Kindesvater zunächst allein als Erbe berufen und schlägt er die Erbschaft für sich und infolgedessen auch für sein minderjähriges Kind aus, für welches er sorgeberechtigt ist, so benötigt er für die Ausschlagungserklärung keine Genehmigung. Ist er hingegen nach seiner Ehefrau als Erbe berufen und vertritt zeitgleich das Kind, welches ebenfalls als Erbe berufen ist, so bedarf es einer familiengerichtlichen Genehmigung.

Eine Genehmigung nach § 1643 Abs. 2 S. 1 BGB ist weiterhin erforderlich, wenn der Kindesvater die Erbschaft für sich ausschlägt und die Kindesmutter, welche

⁶³ vgl. BayObLG FamRZ 97, 126; vgl. OLG Koblenz FamRZ 08, 1031.

allein sorgeberechtigt für das nun zur Erbschaft berufene minderjährige Kind ist, die Ausschlagung der Erbschaft für dieses erklärt.

Die Genehmigungsbedürftigkeit dient dabei dem Schutz des Kindes vor der „unüberlegten oder vorschnellen Ablehnung eines unentgeltlichen Erwerbs“ durch die Eltern.⁶⁴

In den Fällen, in denen das minderjährige Kind erst infolge der Ausschlagung seines Elternteils, der das Kind allein oder gemeinsam mit dem anderen Elternteil vertritt, zum Erben berufen ist, geht das Gesetz davon aus, dass „*der betreffende Elternteil ein eigenes Interesse hat, die Vor- und Nachteile einer Annahme der Erbschaft sorgfältig zu prüfen und man davon ausgehen kann, dass bei einer Ausschlagung die Erbschaft insgesamt für das Kind nachteilig gewesen wäre.*“⁶⁵

Damit das Nachlassgericht prüfen kann, ob es die Beteiligten auf die Erforderlichkeit einer familiengerichtlichen Genehmigung hinweisen muss, wird in der Praxis um Vorlage eines Sorgerechtsnachweises gebeten.

5.1.2. Genehmigung nach § 1822 Nr. 2 BGB

Neben den Eltern benötigen auch der Vormund, der Betreuer (Verweis durch § 1908i BGB) und der Pfleger (Verweis durch § 1915 Abs. 1 BGB) zur Wirksamkeit der Ausschlagung eine familien- bzw. betreuungsgerichtliche Genehmigung. Die Genehmigungsbedürftigkeit ergibt sich dabei (ggf. über die entsprechenden Verweise aus §§ 1908i, 1915 BGB) aus § 1822 Nr. 2 BGB. Danach benötigt der Vormund bzw. Betreuer (oder auch Pfleger) die Genehmigung zur Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächnisses, zum Verzicht auf einen Pflichtteil sowie zum Erbteilungsvertrag.

Das Familien- bzw. Betreuungsgericht fungiert dabei als unabhängige Institution, dessen Aufgabe es ist zu prüfen, ob die Ausschlagung der Erbschaft dem Interesse des Mündels bzw. des Betreuten dient.⁶⁶

⁶⁴ BeckOGK/Eitzinger, BGB § 1643 Rn. 19.

⁶⁵ OLG Frankfurt a.M. FamRZ 2012, 664 (665).

⁶⁶ vgl. BayObLG FamRZ 69, 434.

5.2. Verfahren

Sachlich zuständig für das Verfahren auf Erteilung der Genehmigung der Erbausschlagung durch die Eltern oder den Vormund ist gemäß §§ 23a Abs. 1 Nr. 1, 23b GVG das Amtsgericht als Familiengericht. Es handelt sich dabei um eine Kindschaftssache gemäß § 151 Abs. 1 Nr. 1 FamFG.

Für das Verfahren auf Erteilung der Genehmigung der Erbausschlagung durch den Betreuer ist gemäß §§ 23a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1, 23c GVG das Amtsgericht als Betreuungsgericht zuständig. Es handelt sich insoweit um eine Betreuungssache gemäß § 271 Nr. 3 FamFG.

Funktionell zuständig ist gemäß § 3 Nr. 2a) bzw. § 3 Nr. 2b) RpfLG der Rechtspfleger.

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 152 Abs. 2, 3 FamFG bzw. § 272 FamFG.

Die Einleitung des Verfahrens erfolgt gemäß § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG i.V.m. § 23 FamFG mittels Antrages.

Wie bereits in Kapitel 4.4. erwähnt, kann die Erteilung der Genehmigung vor oder nach der Erklärung der Erbausschlagung erfolgen.⁶⁷

Bei der Entscheidungsfindung hat das Betreuungs- bzw. Familiengericht den Sachverhalt von Amts wegen gemäß § 26 FamFG aufzuklären.⁶⁸

Prüfungsmaßstab ist dabei die Wahrung der Interessen des Kindes/ Mündels bzw. des Betreuten. Dabei hat das Gericht sämtliche mögliche Vor- und Nachteile abzuwägen. In Betracht kommen dabei nicht nur rechtliche, sondern auch wirtschaftliche und ideelle Gesichtspunkte.⁶⁹

So kann die Genehmigung beispielsweise auch trotz eines werthaltigen Nachlasses erteilt werden.⁷⁰

Das Familien- bzw. Betreuungsgericht hat bei seiner Entscheidung über die Genehmigung jedoch nicht zu prüfen, ob die Ausschlagung wirksam erklärt wurde

⁶⁷ vgl. KG BeckRS 2016, 09173; vgl. auch RGZ 118, 145.

⁶⁸ vgl. OLG Brandenburg NJW-RR 2018, 1354 = BeckRS 2018, 24760; vgl. OLG Saarbrücken FGPrax 2015, 168; vgl. OLG Schleswig FGPrax 2013, 214 (215).

⁶⁹ vgl. OLG Saarbrücken a.a.O..

⁷⁰ vgl. LG Leipzig BeckRS 2017, 145735.

oder noch erklärt werden kann. Es hat insbesondere auch nicht zu prüfen, ob die bereits erfolgte Ausschlagung fristwährend eingegangen ist.⁷¹

Nach Abwägung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte ergeht die Entscheidung des Familien- bzw. Betreuungsgerichts durch Beschluss. Der Beschluss wird den Beteiligten gemäß § 41 FamFG bekannt gegeben. Er wird jedoch erst mit Eintritt der formellen Rechtskraft wirksam (vgl. § 40 Abs. 2 FamFG i.V.m. §§ 45, 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG).⁷²

Gegen die Versagung der Genehmigung ist die Beschwerde nach §§ 58 ff. FamFG zulässig.

5.3. Gebrauchmachen von der Genehmigung

5.3.1. Allgemein

Wie bereits in Kapitel 4.4. erläutert, kann die erforderliche Genehmigung der Erbausschlagung auch nach Erklärung der Ausschlagung eingeholt werden. Die Ausschlagungsfrist ist bis zur Bekanntgabe der rechtskräftigen Genehmigung gehemmt. Nach Beendigung der Ablaufhemmung läuft die Ausschlagungsfrist weiter. Innerhalb der restlichen Frist muss die Genehmigung dem Nachlassgericht nachgereicht werden.⁷³ Eine bloße Mitteilung an den gesetzlichen Vertreter durch das Familien- oder Betreuungsgericht reicht dabei nicht.⁷⁴

§ 1831 S. 1 BGB bestimmt, dass einseitige Rechtsgeschäfte ohne die vorherige Genehmigung grundsätzlich unwirksam sind. Wie bereits ausgeführt, findet § 1831 S. 1 BGB jedoch in Bezug auf die Erklärung der Erbausschlagung keine Anwendung.

Nach der herrschenden Meinung wird die nachträgliche Genehmigung gemäß § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB erst wirksam, wenn sie dem anderen Teil durch den Vormund mitgeteilt wird. Daraus kann geschlossen werden, dass es dem gesetzlichen Vertreter grundsätzlich freisteht, ob er von der rechtskräftigen Genehmigung Gebrauch macht. *„Hierzu hat der gesetzliche Vertreter in eigener*

⁷¹ vgl. BayObLGZ 1969, 14 (18f.).

⁷² vgl. KG BeckRS 2016, 09173.

⁷³ vgl. OLG Frankfurt a.M., FGPrax 2018, 281 (282); vgl. OLG Saarbrücken, BeckRS 2011, 18369.

⁷⁴ vgl. RGZ 118, 147 (148f.).

*Kompetenz zu prüfen, ob die Ausschlagung der Erbschaft (immer noch) dem Wohl“ des Vertretenen entspricht.*⁷⁵

Nach herrschender Meinung führt das Unterlassen des Gebrauchmachens von der gerichtlichen Genehmigung zur Unwirksamkeit der Erbausschlagung.

Entscheidet sich der gesetzliche Vertreter dafür, von der Genehmigung Gebrauch zu machen, so hat er dies dem Nachlassgericht entsprechend mitzuteilen. Dabei ist es nicht zwingend erforderlich, dass der gesetzliche Vertreter den rechtskräftigen Genehmigungsbeschluss dem Nachlassgericht vorlegt. Es genügt grundsätzlich auch eine formlose Mitteilung des gesetzlichen Vertreters, welche die Angaben über das die Genehmigung erteilende Gericht nebst Datum, Aktenzeichen und Rechtskraft des Beschlusses enthält.⁷⁶ Diese Mitteilung könnte grundsätzlich auch mündlich oder telefonisch erfolgen.

Aus Nachweisgründen empfiehlt es sich jedoch die Mitteilung schriftlich an das Nachlassgericht zu senden.

In der Praxis wird dies unterschiedlich gehandhabt. Einige Gerichte bestehen auf die Vorlage des rechtskräftigen Genehmigungsbeschlusses, anderen Gerichten hingegen reicht die formlose Mitteilung durch den gesetzlichen Vertreter. Es gibt jedoch auch Gerichte, die sich der Rechtsauffassung von Sonnenfeld/ Zorn angeschlossen haben.⁷⁷

Diese folgt dabei nicht der herrschenden Meinung der Rechtsprechung und Literatur. Nach deren Ansicht ändert sich durch die Ausnahme vom Erfordernis der vorherigen Genehmigung nichts an der Einseitigkeit des Rechtsgeschäfts, sodass § 1829 BGB keine Anwendung findet und der Erklärungsempfänger mithin nicht als Vertragspartner im Sinne des § 1829 BGB anzusehen ist. Ein Gebrauchmachen von der Genehmigung ist nach dieser Ansicht keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Erbausschlagung.

Weiterhin führt Sonnenfeld/ Zorn aus, dass es für den Nachweis der wirksamen Genehmigung nach § 1828 BGB zur Wahrung der Ausschlagungsfrist verschiedene Möglichkeiten gibt. Dabei ist es grundsätzlich ebenfalls möglich, dass der gesetzliche Vertreter den Nachweis durch Vorlage der Genehmigung oder Angabe des genehmigenden Gerichts (Beschluss, Aktenzeichen) führt.

⁷⁵ OLG Koblenz, NJW-RR 2014, 902.

⁷⁶ vgl. RGZ 118, 147 (148f.), vgl. OLG Frankfurt a.M. a.a.O., Horn ZEV 2016, 20 (23).

⁷⁷ vgl. *Sonnenfeld/Zorn*, RPfleger 2004, 533; so auch LG Berlin, Beschluss vom 11.07.2006 – 83 T 572/05.

Wichtigster Unterschied ist dabei jedoch, dass die Mitteilung über das Wirksamwerden der Genehmigung auch durch das Familiengericht oder Betreuungsgericht selbst an das Nachlassgericht erfolgen kann.

Folgt man dieser Ansicht, entzieht man dem gesetzlichen Vertreter dabei die Möglichkeit selbstständig zu entscheiden, ob er von der Genehmigung Gebrauch machen möchte oder nicht. Insbesondere aus diesem Grund bildet die Ansicht von Sonnenfeld/ Zorn bis heute eine Mindermeinung.

5.3.2. Ausblick Reform Vormundschaftsrecht

Am 01.01.2023 wird das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts in Kraft treten. Es enthält eine Vielzahl neuer Regelungen, die sich den oft monierten Problemen in der Betreuung und Vormundschaft widmet.

Auch in Hinblick auf die Erbausschlagung durch den gesetzlichen Vertreter wird es einige Änderungen geben. So wird beispielsweise mit § 1851 BGB n.F. eine eigenständige Norm für die Genehmigung erbrechtlicher Rechtsgeschäfte eingeführt.

Die wohl wichtigste neue Regelung bildet jedoch die Neueinführung von § 1858 BGB n.F. Dabei ist insbesondere Abs. 3 für die Praxis von immenser Bedeutung.

§ 1858 BGB n.F. normiert, dass die Wirksamkeit eines einseitigen Rechtsgeschäfts von der nachträglichen Genehmigung des Betreuungsgerichts abhängt, sofern der Betreuer ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem Gericht oder einer Behörde ohne die vorher erforderliche Genehmigung wahrnimmt. Wichtigster Punkt dabei ist jedoch, dass das Rechtsgeschäft in diesem Fall mit Rechtskraft der Genehmigung wirksam wird. Nunmehr wird auch ausdrücklich normiert, dass die Ausschlagungsfrist für die Dauer des Genehmigungsverfahrens gehemmt ist. Die Hemmung endet dabei mit Rechtskraft des Beschlusses über die Erteilung der Genehmigung.

Weiterhin neu ist, dass das Betreuungsgericht dem Gericht oder der Behörde nach Rechtskraft des Beschlusses die Erteilung oder Versagung der Genehmigung mitteilt.

Dies führt in Zukunft dazu, dass ein Gebrauchmachen von der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nicht mehr erforderlich ist. Dies gilt über den Verweis aus §§ 1799 Abs. 1, 1800 Abs. 2 BGB n.F. und §§ 1643 Abs. 1,

§ 1644 Abs. 2 BGB n.F. auch für den Vormund und den bzw. die sorgeberechtigten Elternteil/e minderjähriger Kinder.

Mit Einführung von § 1858 Abs. 3 BGB n.F. wird nunmehr eine Lösung bezüglich der in der Praxis bislang streitigen Frage, ob für die Wirksamkeit der Erbausschlagung der Nachweis der gerichtlichen Genehmigung erforderlich ist, angeboten.

Nachteil dabei ist, dass der gesetzliche Vertreter zukünftig keine Entscheidungsfreiheit mehr hat, ob er von der Genehmigung Gebrauch macht oder nicht. Dies führt dazu, dass der gesetzliche Vertreter an die Entscheidung des Familien- bzw. Betreuungsgerichts gebunden ist. Auch eine Anfechtung der Annahme der Erbschaft ändert an diesem Umstand nichts, da die Anfechtungserklärung ebenso genehmigungsbedürftig wäre. Im Einzelnen bedeutet dies beispielsweise, dass der Vertreter keinen Handlungsspielraum mehr hat, sollte sich nach Erteilung der Genehmigung herausstellen, dass der Nachlass entgegen den Ermittlungen des Gerichts doch werthaltig ist. Zukünftig muss der gesetzliche Vertreter mithin vollständig auf die Entscheidungskompetenz des Familien- bzw. Betreuungsgerichts vertrauen, was schließlich auch dazu führen könnte, dass auf dem für die Entscheidung zuständigen Rechtspfleger nunmehr ein erhöhter Druck lastet.

Für die Nachlassgerichte in der Praxis dürfte die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts jedoch eine Erleichterung bedeuten.

Nicht selten kommt es in der nachlassgerichtlichen Praxis vor, dass der gesetzliche Vertreter die Genehmigung beim Familien- bzw. Betreuungsgericht zwar beantragt hat, das Gebrauchmachen von der Genehmigung dann jedoch versäumt.

Dieser Umstand tritt insbesondere dann ein, wenn die Ausschlagung der Erbschaft am letzten Tag der Ausschlagungsfrist erklärt wird. In diesem Fall verbleibt dem gesetzlichen Vertreter nach Bekanntgabe des rechtskräftigen Genehmigungsbeschlusses nur noch ein Tag, um von der Genehmigung Gebrauch zu machen.

So kommt es in vielen Fällen dazu, dass sowohl minderjährige Kinder als auch Betreute Erben werden, nur, weil der gesetzliche Vertreter versäumt hat, dem Nachlassgericht mitzuteilen, dass er von der Genehmigung Gebrauch macht.

Der Umstand, dass künftig die Erklärung der Erbausschlagung mit Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses wirksam wird, dürfte dazu führen, dass weniger minderjährige Kinder und Betreute ungewollt Erben werden.

Auch wenn die Einführung von § 1858 Abs. 3 BGB n.F. den Handlungsspielraum des gesetzlichen Vertreters erheblich einschränkt, dient er dem Wohl des Vertretenen, indem er das Risiko für eine unfreiwillige Erbschaftsannahme minimiert.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zumindest in Bezug auf die Einführung von § 1858 BGB n.F. sowohl für die nachlassgerichtliche Praxis als auch für die beteiligten gesetzlichen Vertreter eine Erleichterung darstellt.

5.4. Problemfall: Eintritt der Volljährigkeit während des Genehmigungsverfahrens

5.4.1. Allgemein

Beispiel: Am 20.02.2022 stirbt die Großmutter mütterlicherseits des Kindes K. Der alleinsorgeberechtigte Kindesvater von K erlangt diesbezüglich am 01.03.2022 Kenntnis vom Anfall der Erbschaft an sein Kind. Am 08.03.2022 schlägt der Vater die Erbschaft für K aus und beantragt die erforderliche familiengerichtliche Genehmigung. Das Familiengericht hat die Ermittlungen in dem Verfahren über die Erteilung der familiengerichtlichen Genehmigung bereits aufgenommen. Am 21.03.2022 wird K volljährig.

Es stellt sich nunmehr die Frage, welche Auswirkungen die Volljährigkeit des K auf das Genehmigungsverfahren und die Erbausschlagung hat.

Mit Eintritt der Volljährigkeit endet grundsätzlich das familiengerichtliche Genehmigungsverfahren. Es stellt sich daher die Frage, wie nun weiter zu verfahren ist. Da die familiengerichtliche Genehmigung bis zum Eintritt der Volljährigkeit noch nicht erteilt wurde, ist die Ausschlagungserklärung des Kindesvaters für das Kind K weiterhin schwebend unwirksam.⁷⁸ Gemäß § 1643 Abs. 3 BGB findet die Vorschrift des § 1829 BGB entsprechend

⁷⁸ vgl. BGHZ 15, 97.

Anwendung. Gemäß § 1829 Abs. 3 BGB muss das nunmehr volljährig gewordene Kind die Erklärung der Erbausschlagung selbst genehmigen. Voraussetzung ist jedoch, dass das Kind voll geschäftsfähig ist. Die Volljährigkeit führt dabei „*nicht automatisch zur Wirksamkeit der Erklärung des/ der gesetzlichen Vertreter, vielmehr geht die Genehmigungsbefugnis von dem Familiengericht auf den nunmehr Volljährigen über.*“⁷⁹

Damit liegt die Entscheidung über die Genehmigung der Ausschlagungserklärung nunmehr im Ermessen des volljährig gewordenen Kindes K.

Wurde die Genehmigung zwar bereits erteilt, aber davon gegenüber dem Nachlassgericht noch kein Gebrauch gemacht, so wird die noch nicht mitgeteilte Genehmigung wirkungslos.⁸⁰ Auch in dieser Konstellation müsste der nunmehr Volljährige selbst genehmigen.

5.4.2. Form

Es stellt sich dann weiterhin die Frage, in welcher Form die Genehmigung des Volljährigen zu erfolgen hat. Grundsätzlich ist zunächst festzuhalten, dass die Erklärung der Genehmigung gegenüber dem Nachlassgericht zu erfolgen hat.⁸¹

In welcher Form die Genehmigung zu erfolgen hat, ist gesetzlich nicht geregelt. Es gibt dazu in der Praxis verschiedene Ansichten. Denkbar wäre, dass die Genehmigung der Ausschlagungserklärung durch den nunmehr Volljährigen der Form nach § 1945 Abs. 1, 2 BGB bedarf.⁸² Schließt man sich dieser Auffassung an, ergibt sich jedoch weiterhin die Problematik, ob die Genehmigungserklärung des nunmehr Volljährigen auch durch das nach § 344 Abs. 7 FamFG zuständige Gericht entgegengenommen werden kann. Dies wird bereits in Kapitel 3.3.2.1. erörtert und ist in der Praxis umstritten und bislang nicht eindeutig geklärt.

Die herrschende Meinung tendiert in Bezug auf die erste aufgeworfene Frage zu der Ansicht, dass die Genehmigung durch das volljährig gewordene Kind formlos erfolgen kann.⁸³ Grundlage dieser Auffassung ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofes⁸⁴, wonach die Genehmigung nach dem Grundgedanken des

⁷⁹ OLG Hamm, FGPrax 2014, 120.

⁸⁰ vgl. BeckOGK/Kilian, BGB § 1829 Rn. 36.

⁸¹ vgl. BGH, NJW-RR 2016, 198; vgl. OLG Hamm, BeckRS 2015, 20660.

⁸² vgl. BeckOGK/Heinemann, BGB § 1945 Rn. 103.

⁸³ so z.B. Jauernig/Budzikiewicz, BGB § 1826-1832 Rn. 13.

⁸⁴ BGH, BeckRS 1980, 31009773.

§ 182 Abs. 2 BGB formfrei erklärt werden kann. Sofern man also die Auffassung vertritt, dass § 1829 BGB für die Erbausschlagung Anwendung findet (entgegen der Ansicht von Sonnenfeld/ Zorn⁸⁵), so erscheint es lediglich konsequent auch den Rechtsgedanken des § 182 BGB in Erwägung zu ziehen.

Da es für diese rechtliche Problematik bis heute weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung eine konkrete Lösung gibt, ist die Frage zum Formerfordernis für die nachlassgerichtliche Praxis noch immer streitig. Damit der nunmehr Volljährige nicht in die Misslichkeit gelangt, dass die erklärte Genehmigung ggf. aufgrund der Form nicht anerkannt wird, empfiehlt es sich, die Erklärung in der Form des § 1945 Abs. 1, 2 BGB abzugeben.

5.4.3. Frist

Fraglich ist weiterhin, welche Auswirkung der Eintritt der Volljährigkeit auf die bereits laufende Ausschlagungsfrist hat. Durch Einleitung des familiengerichtlichen Genehmigungsverfahrens war die Ausschlagungsfrist seit diesem Zeitpunkt gehemmt. Wie bereits erörtert, endet mit dem Eintritt der Volljährigkeit das familiengerichtliche Genehmigungsverfahren, sodass eine höhere Gewalt im Sinne des § 206 BGB nun nicht mehr angenommen werden kann. Das mittlerweile volljährige Kind ist mit Eintritt der Volljährigkeit voll geschäftsfähig geworden, sodass es selbst handlungsfähig ist. Grundsätzlich gilt jedoch, dass die Genehmigung innerhalb der Ausschlagungsfrist erklärt werden muss.⁸⁶

In der Praxis stellt sich mithin die Frage, ob nun eine neue Ausschlagungsfrist beginnt oder die bereits laufende Ausschlagungsfrist weiterläuft. Fraglich ist zudem auch, wann der (erneute) Fristbeginn ist.

Eine Ansicht vertritt die Auffassung, dass mit Eintritt der Volljährigkeit eine neue Ausschlagungsfrist beginnt. Grundlage dieser Auffassung bildet dabei die entsprechende Anwendung der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgericht vom 29.10.1997⁸⁷, wonach die Frist bei Bestellung des Nachfolgers erneut beginnt, sofern der gesetzliche Vertreter nach Fristbeginn wegfällt.⁸⁸

⁸⁵ vgl. *Sonnenfeld/Zorn*, RPfleger 2004, 533.

⁸⁶ vgl. RGZ 118, 145 (147 f.) entsprechend.

⁸⁷ BayObLG, Beschluss vom 29.10.1997 – 1Z BR 62/97 – juris.

⁸⁸ vgl. *Grüneberg/Weidlich*, § 1944 Rn. 7.

Dabei ist jedoch festzuhalten, dass die Neubestellung eines gesetzlichen Vertreters und der Eintritt der Volljährigkeit keineswegs vergleichbar sind, da im zweiten Fall ein gesetzlicher Vertreter grundsätzlich nicht mehr vorhanden ist. Insofern erscheint diese Ansicht nicht überzeugend.

Die andere Ansicht⁸⁹ vertritt die Auffassung, dass die bereits laufende, vorübergehend gehemmte Ausschlagungsfrist mit Eintritt der Volljährigkeit weiterläuft. Dies erscheint insofern plausibel, als dass der Zeitraum der Hemmung gemäß § 209 BGB nicht in die Frist eingerechnet wird. Demnach ist die Frist nur vorübergehend unterbrochen und läuft mit Beendigung der Ablaufhemmung weiter. Die Situation des gesetzlichen Vertreters, der die rechtskräftige Genehmigung dem Nachlassgericht nachweisen muss, und die Situation des nun volljährigen Kindes, welches nunmehr die Genehmigung der Erbausschlagung gegenüber dem Nachlassgericht erklären muss, sind dabei durchaus vergleichbar. In beiden Fällen hat der jeweilige Beteiligte eine Handlung gegenüber dem Nachlassgericht vorzunehmen.

Nunmehr stellt sich lediglich noch die Frage, ab welchem Zeitpunkt die restliche Ausschlagungsfrist weiterläuft. Denkbar wäre insofern entweder der Zeitpunkt, in dem das Kind volljährig wird oder der Zeitpunkt, in dem das nunmehr volljährige Kind Kenntnis davon erlangt, dass es die Ausschlagungserklärung seines gesetzlichen Vertreters genehmigen muss.

Auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung durch das nunmehr volljährige Kind abzustellen, ist zunächst durchaus nachvollziehbar. Würde man auf den Zeitpunkt des Eintritts der Volljährigkeit abstellen, würde dies das volljährig gewordene Kind ggf. benachteiligen. Dabei würde der Umstand, dass das Kind ggf. nicht weiß, dass die Ausschlagungserklärung seines gesetzlichen Vertreters noch zu genehmigen ist, zu Lasten des Kindes fallen. Dies erscheint in Betrachtung der Umstände eher unbillig.

Andererseits muss jedoch festgestellt werden, dass die Ausschlagungsfrist nur für die Dauer des Genehmigungsverfahrens gehemmt ist, da die Verzögerung der Erteilung der Genehmigung durch das Familiengericht als höhere Gewalt im Sinne des § 206 BGB angesehen wird. Mit Eintritt der Volljährigkeit endet das familiengerichtliche Verfahren, was dazu führt, dass in diesem Augenblick auch die „höhere Gewalt“ und damit der Grund für die Hemmung wegfällt. Fällt der Grund für die Hemmung weg, so endet auch die Hemmung der Frist.

⁸⁹ vgl. OLG Hamm, BeckRS 2015, 20660.

Demnach läuft die (verbleibende) Ausschlagungsfrist mit dem Eintritt der Volljährigkeit weiter.⁹⁰ Eine erneute Kenntnis wäre in diesem Fall nicht erforderlich, da der Zeitpunkt der Kenntnis des Volljährigen keine Relevanz für den weiteren Verlauf der Frist hat. Das nunmehr volljährige, geschäftsfähige Kind hat die Rechtslage so hinzunehmen, wie es sie vorfindet.⁹¹

In der gerichtlichen Praxis erfolgt in der Regel der Hinweis auf die erforderliche Genehmigung durch das volljährig gewordene Kind durch das Familiengericht und teilweise auch zusätzlich durch das Nachlassgericht. Dieser Hinweis wird bereits erteilt, sobald festgestellt wird, dass das Kind in absehbarer Zeit volljährig wird und die Genehmigung bis dato noch nicht erteilt werden kann.

Im Ergebnis zum Ausgangsfall kann demnach abschließend festgestellt werden, dass nach überwiegender Ansicht mit dem Eintritt der Volljährigkeit des Kindes K am 21.03.2022 die verbleibende Ausschlagungsfrist von 5 Wochen, innerhalb derer K die Genehmigung der Ausschlagungserklärung seines Vaters gegenüber dem Nachlassgericht erklären muss, weiterläuft.

⁹⁰ vgl. OLG Hamm, BeckRS 2015, 20660.

⁹¹ vgl. Grüneberg/*Weidlich*, § 1944 Rn. 7.

5.5. Problemfall: Vater, welcher zuvor für sich die Erbschaft ausgeschlagen hat, erhält innerhalb der Ausschlagungsfrist elterliche Sorge

Beispiel: Die Großmutter väterlicherseits des Kindes K verstirbt am 01.03.2022. Der Kindesvater V schlägt die Erbschaft für sich bereits am 10.03.2022 aus. Nächsterberufener Erbe ist demnach das minderjährige Kind K. Für sein Kind hat V jedoch zu diesem Zeitpunkt keine elterliche Sorge. Die allein sorgeberechtigte Kindesmutter M erlangt am 15.03.2022 Kenntnis vom Anfall der Erbschaft an ihr minderjähriges Kind. Am 25.03.2022 erhält der Kindesvater V infolge der Abgabe der Sorgeerklärungen gemäß § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB ebenfalls die elterliche Sorge, sodass die Eltern des Kindes K nunmehr gemeinsam sorgeberechtigt sind.

Es stellt sich nunmehr die Frage, wer die Erbschaft für das minderjährige Kind ausschlagen kann bzw. muss und ob eine familiengerichtliche Genehmigung nach § 1643 Abs. 2 BGB erforderlich ist.

Durch die Abgabe der Sorgeerklärung durch die Eltern sind beide Elternteile nunmehr umfassend gemeinsam sorgeberechtigt.⁹² Entscheidender Zeitpunkt ist die Abgabe der Sorgeerklärung.⁹³ Die Wirkung tritt ex nunc ein.⁹⁴

Demnach können die Eltern die Erbschaft für ihr minderjähriges Kind ab dem Zeitpunkt der Abgabe der Sorgeerklärung nur gemeinsam ausschlagen, § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB.

Fraglich ist zudem, wie die Situation zu beurteilen ist, wenn die Erbschaft von der Kindesmutter gekommen wäre, diese die Ausschlagung für sich und das minderjährige Kind erklärt hätte und der Kindesvater erst danach eine Sorgeerklärung abgibt. Diese Frage wird in Literatur und Rechtsprechung kaum thematisiert. *„Nach den allgemeinen Grundsätzen dürfte es aber ausreichen, dass die Mutter im Zeitpunkt des Zugangs der Ausschlagungserklärung allein zur Vertretung des Kindes berechtigt war. [...] Die Abgabe der gemeinsamen Sorgeerklärung durch die Eltern hat also nichts daran geändert, dass das Sorgerecht zunächst der Mutter allein zustand und das Kind auch zunächst allein*

⁹² vgl. Grüneberg/Götz, § 1626a Rn. 15.

⁹³ vgl. MüKoBGB/Huber, BGB § 1626a Rn. 34.

⁹⁴ vgl. DNotI-Report 2009, 89.

*durch die Mutter vertreten wurde.*⁹⁵ Demnach müsste der Kindesvater in einem solchem Fall keine gesonderte Erklärung mehr abgeben.

Im Ausgangsfall vertreten die Eltern das minderjährige Kind nunmehr gemeinsam. Dabei stellt sich weiterhin die Frage, ob eine familiengerichtliche Genehmigung nach § 1643 Abs. 2 BGB erforderlich ist. Dem Wortlaut des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB nach bedarf es keiner familiengerichtlichen Genehmigung, wenn der Anfall der Erbschaft an das Kind erst infolge der Ausschlagung eines Elternteils eintritt, der das Kind allein oder gemeinsam mit dem anderen Elternteil vertritt, sofern er nicht neben dem Kind als Erbe berufen war. Voraussetzung ist mithin, dass der Anfall der Erbschaft auf der Ausschlagung eines sorgeberechtigten Elternteils beruht. Anhand dieser sprachlichen Verknüpfung ist davon auszugehen, *„dass der ausschlagende Elternteil bereits im Zeitpunkt seiner Ausschlagung zur Vertretung des Kindes berechtigt sein muss.*⁹⁶

Im Ausgangsfall ergibt sich weiterhin das Problem, dass der Kindesvater V zum Zeitpunkt seiner Ausschlagungserklärung noch nicht sorgeberechtigt für sein minderjähriges Kind war. Demnach ist der Anfall der Erbschaft an das minderjährige Kind K eben nicht infolge der Ausschlagung eines sorgeberechtigten Elternteils eingetreten, sodass der Ausnahmetatbestand des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB nicht greift. Daran ändert auch die nachträgliche Erlangung des Sorgerechts durch den Kindesvater nichts.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die nunmehr gemeinsam sorgeberechtigten Eltern die Ausschlagung für ihr minderjähriges Kind gemeinsam erklären müssen, damit sie wirksam wird. Die Erklärung der Erbausschlagung bedarf jedoch der familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 2 BGB.

Diese Konstellation hätte vermieden werden können, wenn die Eltern die Sorgeerklärung bereits vor Erklärung der Ausschlagung des Kindesvaters am 10.03.2022 abgegeben hätten.

⁹⁵ vgl. DNotI-Report 2009, 89.

⁹⁶ Ivo ZEV 2002, 309; vgl. auch Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, FamRZ 2015, 943 m.w.N..

5.6. Problemfall: Vater, welcher zuvor für sich die Erbschaft ausgeschlagen hat, erhält elterliche Sorge während des Genehmigungsverfahrens

Beispiel: Der Kindesvater V schlägt die Erbschaft für sich am 10.03.2022 aus. Nächstberufener Erbe ist sein Kind K, welches durch die allein sorgeberechtigte Mutter M vertreten wird. Die Kindesmutter erlangt am 15.03.2022 Kenntnis vom Anfall der Erbschaft an ihr minderjähriges Kind und schlägt die Erbschaft am 20.03.2022 aus. Zugleich wird die erforderliche familiengerichtliche Genehmigung beantragt. Nach Einleitung des Genehmigungsverfahrens beim Familiengericht erhält der Kindesvater durch Abgabe einer gemeinsamen Sorgeerklärung am 25.03.2022 ebenfalls die elterliche Sorge für sein Kind K.

Fraglich ist, wie sich die Erlangung der elterlichen Sorge durch den Vater nunmehr auf die bereits erklärte Ausschlagung und das Genehmigungsverfahren auswirkt. Dabei stellt sich beispielsweise die Frage, ob der Kindesvater in einem solchen Fall die Ausschlagung ebenfalls noch erklären muss oder die Erklärung der Kindesmutter ggf. nachgenehmigen muss.

Zum Zeitpunkt der Erklärung der Erbausschlagung war die Kindesmutter M allein sorgeberechtigt für das minderjährige Kind. Demnach vertritt sie das Kind gemäß §§ 1626a Abs. 3, 1629 Abs. 1 S. 3 BGB allein.

Durch die Abgabe der gemeinsamen Sorgeerklärung in Sinne des § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB steht den Eltern die elterliche Sorge nunmehr gemeinsam zu. Wie bereits im vorstehenden Kapitel erörtert, tritt die Wirkung ex nunc ein, sodass die Abgabe der gemeinsamen Sorgeerklärung nichts an dem Umstand ändert, dass die elterliche Sorge der Kindesmutter zunächst allein zustand und sie damit auch berechtigt war, das Kind allein zu vertreten. Folglich konnte sie die Ausschlagungserklärung allein für das minderjährige Kind abgeben. Grundsätzlich wird die Ausschlagungserklärung gemäß §§ 1945 Abs. 1 S. 1, 130 Abs. 3, Abs. 1 BGB mit Zugang beim Nachlassgericht wirksam.⁹⁷

Eine familiengerichtliche Genehmigung nach § 1643 Abs. 2 S. 1 BGB ist vorliegend grundsätzlich erforderlich, da die allein sorgeberechtigte Kindesmutter M vor Abgabe der Ausschlagungserklärung für das minderjährige Kind nicht selbst als

⁹⁷ vgl. Grüneberg/Weidlich, § 1945 Rn. 1.

Erbin berufen war und damit der Ausnahmetatbestand gemäß § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB nicht einschlägig ist.

Fraglich ist allerdings, ob sich durch die Abgabe der gemeinsamen Sorgeerklärung der Eltern etwas an dieser Rechtslage ändert.

Wie auch im vorhergehenden Fall erörtert, setzt § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB voraus, dass der ausschlagende Elternteil bereits im Zeitpunkt seiner Ausschlagung zur Vertretung des Kindes berechtigt sein muss.⁹⁸

Wird, wie hier der Fall, die vorausgehende Ausschlagung durch einen Elternteil für sich erklärt, der nicht vertretungsberechtigt ist, tritt der Anfall der Erbschaft an das minderjährige Kind eben nicht aufgrund Ausschlagung durch einen sorgeberechtigten Elternteil ein. Der Ausnahmetatbestand des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB ist mithin nicht erfüllt.

Daraus kann geschlussfolgert werden, dass die Kindesmutter trotz der nachträglichen Sorgeerklärung einer familiengerichtlichen Genehmigung gemäß § 1643 Abs. 2 BGB bedarf. Eine weitere Erklärung des Kindesvaters ist nicht erforderlich. Der Kindesvater muss die Erklärung der Kindesmutter in dieser Konstellation auch nicht nachgenehmigen.

5.7. Problemfall: Kind/ Betreuer stirbt innerhalb des Genehmigungsverfahrens

Beispiel: Das minderjährige Kind K ist aufgrund eines handschriftlichen Testaments seiner Großmutter zum Erben berufen. Kenntnis vom Anfall der Erbschaft und dem Berufungsgrund haben die Eltern am 10.03.2022 erlangt. Die sorgeberechtigten Eltern des Kindes schlagen die Erbschaft für das minderjährige Kind am 15.03.2022 aus. Die erforderliche familiengerichtliche Genehmigung wird zugleich beantragt. Die zuständige Rechtspflegerin des Familiengerichts ermittelt bereits im Genehmigungsverfahren. Am 24.03.2022 stirbt das minderjährige Kind K plötzlich.

Es stellt sich nunmehr die Frage, wie sich der Tod des minderjährigen Kindes auf das Genehmigungsverfahren und die bereits erklärte Erbausschlagung auswirkt.

⁹⁸ vgl. Ivo ZEV 2002, 309; vgl. auch Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 09.07.2014 – 3 WF 94/14 – juris m.w.N. = FamRZ 2015, 943.

Eine Genehmigung nach § 1643 Abs. 2 S. 1 BGB ist vorliegend grundsätzlich erforderlich, da das minderjährige Kind durch die Erbeinsetzung im Testament direkt als Erbe berufen ist. Der Ausnahmetatbestand des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB greift nicht, da weder die Kindesmutter noch der Kindsvater vorher selbst als Erbe berufen waren. Das Gesetz unterscheidet im Grundsatz nicht, ob das Kind aufgrund Gesetzes oder aufgrund gewillkürter Erbfolge zum Erben berufen ist. Wäre demnach ein sorgeberechtigter Elternteil zunächst selbst als testamentarischer Erbe berufen gewesen und infolge seiner Erbausschlagung sodann das minderjährige Kind durch Benennung im Testament als Ersatzerbe, wären die Voraussetzungen des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB erfüllt gewesen, sodass es in dieser Konstellation keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedurft hätte.

Im vorliegenden Fall ist die Genehmigung jedoch zwingend erforderlich. Mit der Einleitung des Genehmigungsverfahrens ist die Ausschlagungsfrist zunächst gehemmt.

Der Tod des Kindes führt grundsätzlich nicht zu einem Wegfall der Erbeinsetzung. Gemäß § 1923 Abs. 1 BGB ist erbfähig, wer zum Zeitpunkt des Erbfalls gelebt hat. Der nachträgliche Tod des minderjährigen Kindes ändert mithin nichts an dessen Erbenstellung.

Nach dem Tod des minderjährigen Kindes besteht jedoch für das Genehmigungsverfahren kein Raum mehr.⁹⁹ Das Familiengericht ist damit nicht mehr befugt die noch ausstehende Genehmigung zu erteilen.

Wurde die Genehmigung bereits vor Tod des Kindes erteilt, von dieser dem Nachlassgericht gegenüber jedoch noch nicht Gebrauch gemacht, kann die Genehmigung verfahrensrechtlich nicht mehr wirksam werden. Ebenso wie beim Eintritt der Volljährigkeit endet mit dem Tod des Kindes zugleich die Berechtigung der Eltern als gesetzlicher Vertreter zu handeln.

Nach Erklärung der Erbausschlagung durch die Eltern ist die Ausschlagungserklärung nach wie vor schwebend unwirksam. Dieser entstandene Schwebezustand setzt sich nach dem Tod des Kindes in der Person seiner Erben fort. In diesem Fall gehen die Rechte und Pflichten auf den bzw. die Erben des minderjährigen Kindes über.

⁹⁹ vgl. BayObLG, NJW 1965, 397 = BayObLGZ 1964, 350; LG Memmingen MittBayNot 1983, 76.

In entsprechender Anwendung des § 1829 Abs. 3 BGB geht damit auch die Entscheidungsbefugnis bezüglich der Wirksamkeit der Ausschlagungserklärung auf die Erben des minderjährigen Kindes über.

Damit obliegt den Erben nunmehr die Entscheidung, ob sie die bereits erklärte Erbausschlagung für das minderjährige Kind genehmigen oder verweigern.

Gesetzliche Erben des Kindes sind gemäß § 1925 Abs. 1 BGB die Eltern, sofern das minderjährige Kind nicht bereits eigene Abkömmlinge hat.

Damit liegt es im vorliegenden Fall im Ermessen der Eltern, ob sie an der bereits erklärten Erbausschlagung festhalten möchten.

Da mit dem Tod des Kindes das familiengerichtliche Genehmigungsverfahren endet, endet in diesem Zeitpunkt auch die höhere Gewalt, sodass die Hemmung der Ausschlagungsfrist gemäß § 206 BGB wegfällt. Mit dem Tod des minderjährigen Kindes läuft die verbleibende Ausschlagungsfrist weiter, sodass die Eltern in dieser verbleibenden Frist die Genehmigung der Ausschlagung erteilen müssen, damit der Schwebezustand endet. In diesem Fall handeln die Eltern dann jedoch nicht mehr als gesetzlicher Vertreter, sondern in ihrer Funktion als Erben.

Für die nachlassgerichtliche Praxis scheint diese Konstellation allerdings eher eine theoretische zu sein. Häufiger kommt der Tod des Vertretenen in dem Verfahren zur Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 2 BGB vor. In diesem Fall wird das rechtliche Problem jedoch identisch gelöst. Mit dem Tod des Betreuten endet die Betreuung ohne einen gerichtlichen Aufhebungsbeschluss und zeitgleich auch das Verfahren über die Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung.¹⁰⁰ Damit ist der Betreuer nicht mehr zur Vertretung berechtigt. Auch in diesem Fall geht die Genehmigungsbefugnis in entsprechender Anwendung des § 1829 Abs. 3 BGB auf die Erben des Betreuten über.¹⁰¹ Diese haben die Ausschlagungserklärung des Betreuers gegenüber dem Nachlassgericht zu genehmigen, damit die Ausschlagung entsprechend wirksam wird. Für den weiteren Lauf der Frist gilt das vorstehend Genannte entsprechend.

¹⁰⁰ vgl. BT-Drs. 11/4528, 155; BayLSG, NSZ 2013, 13 = FamRZ 2013, 582.

¹⁰¹ vgl. DNotI-Report 3/2020, 17 m.w.N..

6. Fazit

Ziel dieser Diplomarbeit war es, rechtliche Problemfälle aufzuzeigen, die in der nachlassgerichtlichen Praxis auftreten, und für diese anhand von Literatur und Rechtsprechung entsprechende Lösungsansätze zu veranschaulichen. Abschließend festzuhalten ist aber, dass es sich bei den ausgewählten Problemkonstellationen tendenziell um Einzelfälle handelt. Trotzdem kommen sie aber immer wieder vor und führen überwiegend zu Unsicherheiten im Umgang, da ihre Lösung rechtlich nicht immer eindeutig ist.

Im Wesentlichen handelt es sich bei den vorgestellten Konstellationen um Problemfälle der heutigen Zeit. Dies hängt insbesondere mit den neu etablierten Familienmodellen zusammen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens BGB am 01. Januar 1900 war das Modell der Kernfamilie der Regelfall. Noch bis heute gilt die Zusammensetzung aus Mann und Frau als Ehepaar nebst Kindern als die klassische Familienkonstellation.

Im Laufe der Zeit haben sich jedoch immer neue Familienkonstellationen etabliert. Immer häufiger ziehen Elternteile ihre Kinder allein groß. Auch Begriffe wie beispielsweise „Patchworkfamilie“ und „Wechselmodell“ sind heutzutage nicht mehr neu.

Daneben ist das Thema Scheidung schon lange kein Tabuthema mehr und auch das Zusammenleben von Eltern ohne die Schließung einer Ehe tritt immer häufiger auf.

Der Umstand, dass Elternteile beispielsweise in verschiedenen Gerichtsbezirken leben, war früher nicht üblich, sodass sich der Gesetzgeber mit der Problematik der Zuständigkeit des Gerichts bei unterschiedlichen Wohnsitzen der Eltern nicht auseinandersetzen musste. Daher ist es auch durchaus plausibel, dass eine Lösung dieses Problems nicht ausdrücklich gesetzlich normiert ist.

Auch die Problematik bezüglich der Erlangung des nachträglichen Sorgerechts und dessen Auswirkung auf die Ausschlagung und das Genehmigungsverfahren war zum Zeitpunkt der Einführung des BGB nicht weiter präsent, da Eltern im Zeitpunkt der Geburt in den allermeisten Fällen bereits verheiratet und damit automatisch auch gemeinsam sorgeberechtigt waren.

Während sich die Gesellschaft und die Familienformen im letzten Jahrhundert stetig verändert haben, blieben die Grundgedanken und gesetzlichen Normen des BGB weitestgehend gleich.

Die geschilderten Problemfälle werden die Rechtspfleger in der nachlassgerichtlichen Praxis daher auch in Zukunft weiterhin beschäftigen.

Wie anhand der aufgezeigten Lösungsansätze ersichtlich, existieren nach wie vor zu verschiedenen Problemkonstellationen verschiedene Ansichten und Meinungen.

Dies erschwert die Situation für die gesetzlichen Vertreter. Für juristische Laien sind die Wirksamkeitsvoraussetzungen für eine wirksame Ausschlagung ohnehin selten verständlich. Der Umstand, dass die nachlassgerichtliche Praxis gewisse Problemfälle (wie beispielsweise das Gebrauchmachen der gerichtlichen Genehmigung) unterschiedlich handhabt, sorgt bei den gesetzlichen Vertretern ggf. zusätzlich für Verwirrung.

Im Wesentlichen kann daher festgehalten werden, dass eine Reform der bestehenden gesetzlichen Normen mit dem Ziel der Anpassung an den gesellschaftlichen Wandel und die neu etablierten Familienformen und damit insbesondere der Rechtssicherheit für die gesetzlichen Vertreter durchaus wünschenswert wäre.

Literaturverzeichnis

1. Aufsätze/ Gutachten:

Dr. Rainer Braun: Analyse „Erben in Deutschland 2015-24: Volumen, Verteilung und Verwendung“ des Deutschen Instituts für Altersvorsorge

DIJuF Rechtsgutachten vom 01.07.2002 – N 4.400 DI in „Das Jugendamt“ – Zeitschrift für Jugendhilfe und Familienrecht, Heft 8, August 2002

Deutsches Notarinstitut – DNotI-Report 12/2009, BGB §§ 1626, 1626a, 1944, 1643 – Familiengerichtliche Genehmigung bei Ausschlagung durch sorgeberechtigten Elternteil und nachträgliche Abgabe der Sorgeerklärung

Deutsches Notarinstitut – DNotI-Report 3/2020, BGB §§ 1908i, 1828 – Tod des Betreuten nach Abschluss des Kaufvertrages und vor Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung; Vertragsvollzug; Maklerprovision

Deutsches Notarinstitut – DNotI-Report 5/2020, FamFG § 344 Abs. 7 – Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthalt des Ausschlagenden bei Abgabe der Ausschlagungserklärung durch den gesetzlichen Vertreter

Dipl.-Rpf. Christine Gäbler: Ausschlagungsfristen in der COVID-19 Pandemie im Jahr 2020 in Rpfleger 2020, Heft 10

Dr. Claus-Henrik Horn: Genehmigungsverfahren bei Ausschlagung für Betreute und Minderjährige in ZEV – Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge 2016, Heft 1

Dr. Malte Ivo: Die Erbausschlagung für das minderjährige Kind in ZEV - Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge 2002, Heft 8

Bernhard Knittel/ Petra Birnstengel: DIJuF, Rechts- und Themengutachten, 1. Auflage, Edition 38 2022, Erbrecht – Ausschlagung der Erbschaft, insbesondere durch den Vormund; Themengutachten: TG-1145

Dr. Wolfgang Peter: BGB § 1923 Abs. 2, § 1942 Abs. 1, § 1945 Abs. 1; § 1626 Abs. 1, § 1912 Abs. 2 – Zur Zulässigkeit der Ausschlagung einer Erbschaft durch die Eltern für ein ungeborenes Kind in Rpfleger 1988, Heft 3

Prof. Susanne Sonnenfeld/ Dipl.-Rpf. Dagmar Zorn: Wirksamwerden gerichtlich genehmigungsbedürftiger Rechtsgeschäfte in Rpfleger 2004, Heft 10

2. Kommentare:

Bahrenfuss (Hrsg.):

FamFG – Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 3. Auflage, Berlin 2017
(zitiert als: Bahrenfuss/*Bearbeiter*)

Burandt, Wolfgang (Hrsg.)/ Rojahn, Dieter (Hrsg.):

Burandt/Rojahn, Band 65 – Erbrecht, 3. Auflage, München 2019
(zitiert als: Burandt/Rojahn/*Bearbeiter*)

Firsching, Karl/ Graf, Lothar (Hrsg.):

Handbuch der Rechtspraxis – Nachlassrecht, 11. Auflage, München 2019
(zitiert als: Firsching/Graf/*Bearbeiter*)

Gsell/ Krüger/ Lorenz/ Reymann (GesamtHrsg.):

beck-online.GROSSKOMMENTAR, München 2021
(zitiert als: BeckOGK/*Bearbeiter*)

Grüneberg (Hrsg.):

Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 81. Auflage, München 2022
(zitiert als: Grüneberg/*Bearbeiter*)

Hau/ Poseck (Hrsg.):

Beck'sche Online Kommentare – BGB, 61. Edition, 2022
(zitiert als: BeckOK/*Bearbeiter*)

Palandt (Hrsg.):

Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage, 2012

(zitiert als Palandt/*Bearbeiter*)

Prütting/ Helms (Hrsg.):

FamFG - Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 5. Auflage, Köln 2020

(zitiert als: Prütting/Helms/*Bearbeiter*)

Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.):

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10 – Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII, 8. Auflage 2020

(zitiert als: MüKoBGB/*Bearbeiter*)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11 – Erbrecht, §§ 1922-2385 BGB, §§ 27-35 BeurkG, 8. Auflage 2020

(zitiert als: MüKoBGB/*Bearbeiter*)

Stürner (Hrsg.):

Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage, 2021

(zitiert als: Jauernig/*Bearbeiter*)

3. Internetquellen:

www.ortsgericht.de/index.html, letzter Aufruf: 09.05.2022

Eidesstattliche Versicherung

Hiermit versichere ich an Eides statt, dass die vorliegende Diplomarbeit selbstständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt wurde, dass sämtliche Quellen oder indirekt übernommene Gedanken als solche kenntlich gemacht sind, dass die Diplomarbeit in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt wurde und dass die gedruckte und die digitalisierte Form der Diplomarbeit identisch sind, § 24 Abs. 4 FHMeißen-GO.

Meißen, den 16.05.2022

Jasmin Dank