

HAUS + GRUND MÜNCHEN INFORMIERT

## „Rechtsprechungsübersicht zum Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht“

VON

Agnes Fischl-Obermayer  
Rechtsanwältin Steuerberaterin  
Fachanwältin für Erbrecht



Acconsis München  
[www.acconsis.de](http://www.acconsis.de)  
[www.convocat.de](http://www.convocat.de)

Ausgehend von einem Verfahren, das vor dem Bundesfinanzhof (BFH), dem höchsten Deutschen Finanzgericht, entschieden worden ist, wollen wir mit dem heutigen Beitrag auf die Frage des Verstoßes gegen die Bindungswirkung in einem gemeinschaftlichem Testament eingehen.

### **BFH vom 06.05.2021, AZ II R 24/19**

In dieser Entscheidung hatte der Bundesfinanzhof (BFH - das höchste deutsche Finanzgericht) folgenden Fall zu entscheiden:

Die Eltern hatten ursprünglich ein gemeinsames Ehegattentestament (sogenanntes Berliner Testament), in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben. Schlusserben, also nach dem Tod der beiden Ehegatten sollten die beiden Söhne der Eltern sein.

Die Wirkungen des Berliner Testaments werden immer wieder in mehrfacher Hinsicht falsch eingeschätzt: Soweit der überlebende Ehegatte nicht als „Vorerbe“, sondern als uneingeschränkter „Vollerbe“ eingesetzt wird, kann der überlebende Ehegatte selbstverständlich lebzeitige Verfügungen zu Gunsten des Vermögens vornehmen, das er über die Erbschaft erhalten hat. Dies betrifft sowohl die Veräußerung einer Immobilie als auch deren Belastung. Ohne weitere testamentarischen Regelungen tritt aber eine Bindungswirkung hinsichtlich – u.a. – der Schlusserbeneinsetzung ein.

Im zu entscheidenden Fall waren die beiden Söhne Schlusserben. Mit der gegenseitigen Erbeinsetzung soll beim Tod des Erstversterbenden dieser die Sicherheit erhalten, dass sich der überlebende Ehegatte an die gemeinsam getroffene Schlusserbeneinsetzung hält. Diese Sicherheit kann nur dadurch gewährleistet werden, wenn der überlebende Ehegatte die Schlusserbeneinsetzung nach dem Tod des Erstverstorbenen nicht mehr ändern kann. Diese Sicherheit wird aber auch erweitert auf lebzeitige Schenkungen.

#### Beispiel:

Die Eltern setzen sich im gemeinschaftlichen Testament jeweils gegenseitig zu Alleinerben ein, Schlusserben sollen ihre beiden Kinder Marco und Magda sein. Zum Zeitpunkt der Erstellung des Testaments haben die beiden Eltern in ihrem Vermögen zwei gleichwertige Eigentumswohnungen je zur Hälfte. Nach dem Tod des Ehemannes und Vaters bittet die Tochter Magda ihre Mutter, sie möge doch schon mit der Übergabe der Immobilien beginnen. Dies solle der künftigen Ersparnis von Erbschaftsteuer dienen. Gleichzeitig wünsche sie aber, dass sie und ihr Bruder je eine Eigentumswohnung erhalten und nicht beide – wie im Testament vorgesehen – je zur Hälfte. Daraufhin überträgt die Mutter zu Lebzeiten noch eine der beiden Eigentumswohnungen an die Tochter.

Es mag von den beiden – Mutter und Tochter – gut gemeint sein. Diese Vorgehensweise widerspricht jedoch der testamentarischen Regelung. Die Schlusserben sollen Erben des Vermögens je zur Hälfte sein. Auch wenn beiden Wohnungen offenbar gleichwertig sind. Jeder der Kinder hat als Schlusserbe also einen Anspruch auf je die Hälfte der Wohnungen.

#### **Herausgabeanspruch**

Konsequenz dieser Vorgehensweise ist ein Herausgabeanspruch nach § 2287 BGB. Darin heißt es: *„Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern.“*

Der Gesetzestext verweist auf den Vertragserben. Ein Vertragserbe kann sich eigentlich nur auf den Schlusserben beziehen, der im Rahmen eines Erbvertrags eingesetzt worden und daher „Vertragserbe“ geworden ist. Diese Regelung bezieht sich analog auch auf den Erben eines gemeinschaftlichen Testaments.

Jetzt könnte man der Meinung sein, eine Beeinträchtigung läge in diesem beschriebenen Fall wegen der Gleichwertigkeit der beiden Wohnungen nicht vor. Das ist leider nicht der Fall. Eine Beeinträchtigung liegt immer vor, wenn gegen diese – in diesem Beispiel – gleichwertige Verteilung des Nachlassvermögens auf die beiden Schlusserben verstoßen wird. Eine Beeinträchtigung wird ausnahmsweise dann nicht unterstellt, wenn die Schenkung zur (Alters-)Absicherung des Veräußerers – in diesem Fall der Mutter – erfolgt. Was der Inhalt einer solchen Absicherung ist und welche Regelungen hierzu getroffen werden müssen, muss anhand der individuellen Situation mit einem speziell auf Erbrecht spezialisiertem Berater besprochen werden.

In unserem Beispielfall ist nicht bekannt, ob die Mutter sich mit den beiden Kindern in einem guten Sinne verständigt hat oder noch verständigen konnte. In jedem Fall bleibt folgende Problematik zu beachten:

#### Abwandlung Beispiel:

Die Mutter schenkt ihrer Tochter zu Lebzeiten diese eine Wohnung. Gleichzeitig ändert sie das gemeinschaftliche Testament dahingehend, dass die beiden Kinder zwar weiterhin Schlusserben zu je zur Hälfte bleiben sollen, Sohn Marco jedoch als sogenanntes Vorausvermächtnis die andere Wohnung zu Alleineigentum erhalten soll.

Die Mutter verstirbt.

Dem Nachlassgericht liegen nunmehr zwei Testamente vor – das eine gemeinschaftliche Testament und das zweite Einzeltestament. Nachdem sich aus dem gemeinschaftlichen Testament eine Bindungswirkung ergibt, wird das Nachlassgericht das zweite Testament als unwirksam verwerfen.

Soweit sich die Schlusserben nach dem Tod der Mutter nicht einigen können, steht dem Sohn Marco aufgrund der beeinträchtigenden Schenkung ein sogenannter Herausgabeanspruch zu. Die Herausgabe erfolgt dabei nicht an den Miterben Marco, sondern an die Erbengemeinschaft, so dass sich in der Folge die Eigentumswohnung wieder im Nachlass befindet.

#### **Bindungswirkung**

All diese Probleme lassen sich vermeiden, wenn man mit dem Thema der Bindungswirkung richtig umgeht. Natürlich soll die Bindungswirkung beibehalten werden, wenn dies von den beiden Ehegatten auch so gewünscht ist. Der eine will eben nach seinem Tod nicht, dass der überlebende Ehegatte freie Verfügung über den letzten Willen hat. Viele sehen daher aus der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments keinen Ausweg mehr, als zwei getrennte Testamente zu erstellen. Aber auch zwei Einzeltestamente können gegebenenfalls eine Bindungswirkung entfalten, so dass auch hierbei größte Sorgfalt angewandt werden muss.

Die einfachste Lösung ist, im Rahmen des gemeinschaftlichen Testaments die Bindungswirkung entweder insgesamt auszuschließen oder aber sie beispielsweise nur für einen bestimmten Personenkreis auszuschließen – der Überlebende soll zum Beispiel in der Lage sein, das Testament zu ändern aber nur hinsichtlich bestimmter Personen, die Kinder oder grundsätzlich Kinder und Kindeskinde. So könnte man Begünstigungen von völlig fremden Personen ausschließen.

Im Fall des BFH vom 06.05.2022 (Aktenzeichen II R 24/19) war dieser Sachverhalt Grundlage des dann erfolgten Klageverfahrens. Der Bruder machte seinen Herausgabeanspruch geltend. Offenbar ergaben sich über den Anspruch Streitigkeiten, die die Beteiligten im Rahmen eines Vergleichs lösten. Hierzu zahlte der beschenkte Bruder dem anderen Bruder einen finanziellen Ausgleich und beantragte gleichzeitig, den damals ergangenen Schenkungsteuerbescheid und die dort festgesetzte Schenkungshöhe um diesen Betrag zu reduzieren mit der Begründung, diese Abfindungszahlung stelle ein rückwirkendes Ereignis im Sinne des § 175 Abs. 1

Satz 1 Nr. 2, Satz 2 AO dar. Wie erwartet hat die Finanzverwaltung diese Änderung abgelehnt. Sowohl das Finanzgericht Münster als auch der BFH kamen allerdings zu dem Ergebnis, dass zu den abzugsfähigen Nachlassverbindlichkeiten alle Kosten zählen würden, die dem Erwerber unmittelbar mit der Erlangung des Erwerbs entstehen würde.

**Fazit:**

Wichtig ist in jedem Fall die Bindungswirkung eines solchen Testaments zu erkennen. Sollte der erste Todesfall schon eingetreten sein, so ist ebenfalls wichtig, unter Hinweis auf die gesetzlichen Regelungen eine Lösung zu erarbeiten.

Am Montag, 27. Juni 2022 wird das Thema der Online-Veranstaltung sein: „Die Bewertung von Immobilien in Erb- und Schenkungsteuerfällen“. Wir geben einen Überblick über die wichtigsten Regelungen, besprechen Erfahrungen mit dem Umgang der Daten der Gutachterausschüsse anhand von Beispielen aus der Bewertung von Mehrfamilienhäusern und nennen die 10 Irrtümer der steuerlichen Bewertung.

Die Anmeldung erfolgt ausschließlich über <https://www.convocat.de/events/>. Sie erhalten hierüber die Verlinkung zur Anmeldeseite.

Wir freuen uns wieder auf Sie.

Für alle anderen Beratungen nehmen Sie Kontakt mit uns auf.

Per E-Mail [a.fischl@acconsis.de](mailto:a.fischl@acconsis.de) oder vereinbaren Sie mit uns einen Termin, +49 89 54 714 3.

In diesem Sinne: bleiben Sie gesund!

Agnes Fischl-Obermayer  
Rechtsanwältin/Steuerberaterin  
Fachanwältin für Erbrecht