



RAe SCHILLER · JEROSCH · SAUERLAND UND HOLZKY · BRACKELER HELLWEG 76 · 44309 DORTMUND

## RECHTSINFORMATION AKTUELL

Bitte stets angeben:

### „Erben und Vererben“ - die gesetzliche und testamentarische Erbfolge -

#### Was ist bei Abfassung eines Ehegattentestamentes zu bedenken?

Wenn ein Mensch stirbt, geht im selben Augenblick dessen Vermögen als Ganzes auf den oder die Erben über, egal, ob diese davon Kenntnis haben und ohne deren Zutun. Etwas tun muss der Erbe nur dann, wenn er vom Tod und der Erbschaft erfahren hat und die Erbschaft innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen 6-Wochen-Frist ausschlagen will.

#### Was geschieht ohne Testament?

Wenn jemand kein Testament oder keinen Erbvertrag hinterlässt, also keine letztwillige Verfügung von Todes wegen errichtet hat, werden die Erben nach der gesetzlichen Erbfolge des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) bestimmt. Fälschlicherweise gehen viele Eheleute davon aus, dass sie alleinige Erben ihres Ehepartners werden und ihnen dann das gemeinsame Haus nach dem Tod des Ehepartners nun allein gehört, insbesondere dann, wenn keine Kinder vorhanden sind.

#### Wer ist gesetzlicher Erbe?

Gesetzliche Erben sind zu den im BGB bestimmten Anteilen ausschließlich Blutsverwandte, durch Adoption Verwandte, Ehepartner und der (gleichgeschlechtliche) Lebenspartner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft. Nichteheleiche Kinder sind den ehelichen Kindern gleichgestellt. Die gesetzlichen Erben sind in vier „Ordnungen“ unterteilt, wobei die Erben der jeweils höheren Ordnung die Erben der nachfolgenden Ordnung von der Erbfolge ausschließen. Erben der 1. Ordnung sind die Kinder, Kindeskinde, Urenkel (nicht die Schwiegerkinder). In erster Linie erben also die Kinder, und zwar zu gleichen

■ HANS-MICHAEL SCHILLER  
Rechtsanwalt und Notar a. D.

■ SIGURD JEROSCH  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Erbrecht  
Zertifizierter  
Testamentsvollstrecker (AGT)

■ HOLGER SCHILLER  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Familienrecht

■ UTE SAUERLAND  
Rechtsanwältin und Notarin

■ STEPHAN DINGLER  
Rechtsanwalt

■ Brackeler Hellweg 76  
44309 Dortmund (Brackel)  
Telefon 0231 253058  
Telefax 0231 253050  
kanzlei@rae-schiller.de

in Bürogemeinschaft mit

■ SIMONE HOLZKY  
Rechtsanwältin und Notarin  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Fachanwältin für Verkehrsrecht

in Zusammenarbeit mit

■ CZEZKA & HEIMANN  
PartGmbB

#### BÜROZEITEN

■ Mo. - Do. 8 - 13 Uhr und  
14 - 17 Uhr

■ Fr. 8 - 13 Uhr

Sprechzeiten nach  
telefonischer Vereinbarung

#### BANKVERBINDUNG

■ Dortmunder Volksbank eG  
BIC GENODEM1DOR  
IBAN  
DE 16 4416 0014 6329 9994 00

■ USt. ID.-Nr.  
DE159888356

Daten werden gespeichert  
§§ 28, 33 BDSG

Teilen. Ist aber ein Kind bereits verstorben, so treten an dessen Stelle dessen Abkömmlinge, also die Enkel, ebenfalls untereinander gleichanteilig („Erbfolge nach Stämmen“). Hinterlässt der Verstorbene keine Abkömmlinge, gelangen die Erben der 2. Ordnung zur Erbfolge. Dies sind die Eltern, Geschwister, Neffen und Nichten des Erblassers. In erster Linie erben also dann die Eltern. Ist aber ein Elternteil bereits vorverstorben, so treten an dessen Stelle und für dessen Erbteil dessen Abkömmlinge, also die Geschwister und gegebenenfalls auch Halbgeschwister bzw. Geschwisterkinder (Nichten, Neffen) des Erblassers. Sind auch Erben der 2. Ordnung nicht vorhanden, sind Erben der 3. Ordnung die Großeltern, Onkel, Tanten, Vettern und Cousins nach denselben Beerbungsgrundsätzen. Also innerhalb der jeweiligen Ordnung schließen wiederum die dem Verstorbenen verwandtschaftlich näher stehenden Personen die entfernteren Verwandten von der Erbfolge aus.

#### Was erbt der Ehegatte?

Das Erbrecht des Ehegatten richtet sich danach, in welchem Güterstand (Zugewinnngemeinschaft, Gütertrennung oder Gütergemeinschaft) die Ehegatten während ihrer Ehe gelebt haben und welche Verwandten welcher Ordnung als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen.

Gilt der gesetzliche Güterstand („Zugewinnngemeinschaft“), wird der Ehegatte neben Erben der 1. Ordnung (z.B. Kindern, Enkeln) zur Hälfte des Nachlasses Miterbe. Neben Erben der 2. Ordnung (z.B. Eltern, Geschwistern, Nichten, Neffen des Erblassers) ist der Ehegatte zu  $\frac{1}{4}$  Erbe.

**Gesetzlicher Alleinerbe wird der Ehegatte nur dann, wenn weder Erben der 1. oder 2. Ordnung noch Großeltern leben!**

#### Muss ein Erbschein beantragt werden?

Zum Nachweis Ihres Erbrechts benötigen die Erben – also auch der überlebende Ehegatte – gegenüber Behörden, Grundbuchamt und Banken regelmäßig einen Erbschein, zum Beispiel wenn ein Grundstück oder ein Konto des Erblassers auf den Namen des oder der Erben umgeschrieben werden soll. Auch wenn vom Konto des Verstorbenen Geld abgehoben werden muss, benötigt man regelmäßig einen Erbschein, wenn nicht der Erblasser den Erben bereits zu Lebzeiten eine Vollmacht über den Tod hinaus erteilt hat und dies bei Sparkassen oder Banken hinterlegt ist. Die Erteilung des Erbscheins durch das zuständige Amtsgericht (Nachlassgericht) nimmt oft einen längeren Zeitraum in Anspruch und ist mit erheblichen Kosten verbunden. Liegt hingegen ein notarielles Testament oder ein notarieller Erbvertrag vor, so reichen diese letztwilligen Verfügungen regelmäßig zum Nachweis der Erbfolge beim Grundbuchamt, Banken und Behörden aus, da es sich hierbei um öffentliche (nicht nur private) Urkunden handelt. Ein Erbscheinsverfahren ist in diesen Fällen entbehrlich.

#### Warum ist ein notarielles Testament oder Erbvertrag für Immobilieneigentümer unbedingt notwendig?

Möchten Sie die vorstehend dargestellte gesetzliche Erbfolge bei Ihrem Tod nicht eintreten lassen, müssen Sie testamentarische oder erbvertragliche Bestimmungen („letztwillige Verfügungen“) treffen. Dies gilt insbesondere dann, wenn Sie selbst entscheiden wollen, wie sich Ihr Vermögen nach Ihrem Tod verteilt. Zudem bieten das notarielle Testament und der Erbvertrag auch den kostengünstigeren Weg als ein Erbscheinsverfahren. Die Kosten des Erbscheinsverfahrens betragen ca. die doppelte Höhe der Kosten eines notariellen Testaments oder Erbvertrages.

### Was ist bei Abfassung eines Ehegattentestamentes zu bedenken?

Grundsätzlich können nur Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament errichten. Ein Ehegattentestament enthält Verfügungen für zwei Sterbefälle, nämlich für den Tod beider Ehegatten. Die Verfügungen beider Ehegatten werden in einer Urkunde errichtet.

Wurde die eine Verfügung des Ehegatten also nur der Verfügung des anderen Ehegatten wegen getroffen, so spricht man von einer **Wechselbezüglichkeit** dieser Verfügungen. Infolge dieser Wechselbezüglichkeit kann eine gegenseitige Bindungswirkung der Verfügungen nach dem ersten Sterbefall eintreten. Tritt eine Bindungswirkung ein, so kann der überlebende Ehegatte seine eigenen getroffenen Verfügungen nicht mehr einseitig abändern. Er bleibt an diese Verfügungen gebunden, sofern ihm nicht im gemeinsamen Testament ausdrücklich das Recht vorbehalten worden ist, abweichend hiervon durch eigene letztwillige Verfügung neu zu testieren.

### 1. Testamentsformen

Im Wesentlichen bieten sich zur Gestaltung eines Ehegattentestaments drei verschiedene Formen an:

- Das „Berliner Testament“ (Einheitslösung)
- Die Vor- und Nacherbschaft (Trennungslösung)
- Die Nießbrauchlösung

Auf welche dieser drei Formen die Wahl letztlich fällt, ist vom Einzelfall abhängig. Es sollte nicht schematisch zwischen einer der drei Formen ausgewählt werden, sondern die Entscheidung sollte vom Willen der Erblasser getragen sein und den individuellen Familienverhältnissen entsprechen.

#### a. Das Berliner Testament

Errichten Eheleute ein Berliner Testament, so setzen sie sich für den ersten Todesfall (Tod eines Ehegatten) gegenseitig zu alleinigen Vollerben ein. Kraft der Vollerbschaft geht das Vermögen des Erstversterbenden in dasjenige des überlebenden Ehegatten über und bildet mit diesem eine Einheit. Das Vermögen der Eheleute schmilzt sozusagen zu einem einheitlichen Vermögen zusammen. Folge ist aber zugleich, dass die Kinder des Erstversterbenden als weitere gesetzliche Erben enterbt sind!

Mit dem ersten Todesfall hat sich beim Berliner Testament das Vermögen der Ehegatten in der Person des überlebenden Ehegatten vereinheitlicht. Für den zweiten Todesfall treffen die Ehegatten daher eine Verfügung über den Fluss dieser einheitlichen Vermögensmasse zu Gunsten der sogenannten Schlusserben.

Als **Schlusserben** nach dem Tod des Überlebenden kommen regelmäßig die (ehgemeinschaftlichen) Kinder in Betracht. Die Einsetzung gemeinsamer Abkömmlinge als Schlusserben ist aber nicht zwingend. Schlusserben können auch andere, mit Ihnen nicht verwandte Personen sein.

Das Berliner Testament führt – wie bereits erwähnt - im ersten Erbfall automatisch zu einer Enterbung der Abkömmlinge. Pflichtteilsberechtigte Abkömmlinge können daher in einem solchen Fall ihren Pflichtteilsanspruch geltend machen. Der überlebende Ehegatte, der kraft Testamentes alleiniger Vollerbe des Erstversterbenden wird, ist also den Pflichtteilsansprüchen dieser Abkömmlinge ausgesetzt. Sind die Abkömmlinge zu Schlusserben des Überlebenden eingesetzt, so können sie nach dem Tod des Erstversterbenden ihren Pflichtteil verlangen und bleiben trotzdem Schlusserben nach dem überlebenden Ehegatten.

Daher sollte das Testament eine Klausel enthalten, in welcher diesem Störfall vorgebeugt wird. Eine solche Klausel bezeichnet man auch als eine sogenannte **Pflichtteils Klausel**. Die Pflichtteils Klausel

bestimmt bspw., dass ein Abkömmling der den Pflichtteil geltend gemacht hat im Schlusserbfall von der Erbfolge ausgeschlossen ist. Derartige „Pflichtteilsstrafklauseln“ sind in einfacher, aber auch verschärfter (= Pflichtteilshöhe mindernder) Form, möglich.

### **b. Die Vor- und Nacherbschaft**

Der Gesetzgeber hat dem Erblasser die Möglichkeit eingeräumt, die Erbfolge testamentarisch so zu bestimmen, dass eine Person erst dann Erbe wird, nachdem ein anderer bereits Erbe war. Derjenige, der zuerst erben soll, wird als Vorerbe bezeichnet. Er ist quasi Erbe auf Zeit. Die Person, die nach dem Vorerben die Erbschaft erhalten soll, ist der Nacherbe. Der Nacherbe ist nicht – wie man annehmen könnte – Erbe des Vorerben, sondern der Nacherbe tritt das Erbe nach dem Erblasser an. Es erfolgt somit eine Mehrfachbeerbung des Erblassers. Der Effekt der Vor- und Nacherbschaft ist die Familienbindung des Vermögens der Erblasser über eine lange Zeit, soweit der Erblasser als Erben stets Familienangehörige bzw. Verwandte einsetzt. Ziel der Vor- und Nacherbschaft wird es also immer sein, den Nachlass (das Familienvermögen) für die Zukunft der Familie zu erhalten.

Eine Vor- und Nacherbschaft kann von Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament angeordnet werden. Die Vor- und Nacherbschaft bei Ehegattentestamenten wird auch als sogenannte „Trennungslösung“ bezeichnet. Der Begriff lässt sich auch wie folgt erklären: Wählen die Ehegatten die Trennungslösung, so wird der überlebende Ehegatte Vorerbe des Erstversterbenden, die Abkömmlinge beider Ehegatten werden dann bspw. zum Nacherben eingesetzt. Mit dem Erbfall erhält der überlebende Ehegatte das Vermögen des Zuerst- versterbenden. Dieses Vermögen verschmilzt nicht wie beim Berliner Testament mit seinem eigenen Vermögen, sondern der überlebende Ehegatte ist dann Eigentümer zweier Vermögen: Seines eigenen und des Vorerbenvermögens des Erstversterbenden. Das Vorerbenvermögen geht später, wenn die Nacherbschaft anfällt, auf die Nacherben über. Sein eigenes Vermögen geht an den von ihm Bestimmten.

Im Rahmen der Bestimmung der Abkömmlinge als Nacherben gilt es zu beachten, dass diese Nacherbeneinsetzung nach Eintritt des ersten Erbfalls vom überlebenden Ehepartner nicht mehr abgeändert werden kann! Die Erbfolge, wer das Vermögen nach dem Vorerben erhalten soll, ist hiermit also bereits festgelegt worden.

Werden die Abkömmlinge zu Nacherben bestimmt, so erhalten diese bereits mit Eintritt der Vorerbschaft ein sogenanntes Anwartschaftsrecht. Das Anwartschaftsrecht der Abkömmlinge stellt dann eine eigene Rechtsposition dar, die grundsätzlich auch vererbt werden kann. In dem Ehegattentestament sollte deshalb klargestellt werden, dass das Nacherbenanwartschaftsrecht nicht vererblich ist, da ansonsten der Fall eintreten kann, dass das Nacherbenanwartschaftsrecht im Falle des Vorversterbens des Abkömmlings zwischen ersten und zweitem Erbfall auf die Schwiegerkinder oder die sonst als Erben des Abkömmlings in Betracht kommenden Personen übergeht.

**Die Vorerbschaft unterliegt verschiedenen gesetzlichen Beschränkungen.** Der überlebende Ehegatte kann daher über das Vorerbenvermögen nicht völlig frei verfügen. Einzelne Verfügungen des überlebenden Ehegatten über das Vorerbenvermögen können im Nacherbfall sogar unwirksam werden. Trifft der Vorerbe Verfügungen entgegen dieser Beschränkung, so bleiben die Verfügungen zunächst voll wirksam. Sobald die Nacherbschaft dem Nacherben anfällt, werden diese Verfügungen von Anfang an unwirksam, wenn durch sie ein Recht des Nacherben beeinträchtigt oder vereitelt wird. **Von den Beschränkungen kann der Vorerbe jedoch weitgehend befreit werden.** Diese Befreiung müssen die Erblasser bzw. die Ehegatten im Testament jedoch ausdrücklich anordnen.

In der zweiten Verfügung von Todes wegen wird bei der Trennungslösung nur noch über das Eigenvermögen des überlebenden Ehegatten verfügt. Mit dem Tod des Überlebenden bzw. mit dem Eintritt des Nacherbfales treten die Nacherben automatisch die Erbschaft nach dem erstversterbenden Ehegatten an. Insoweit wurde bereits in der ersten Verfügung von Todes wegen verfügt.

Sollen dem überlebenden Ehegatten Gegenstände frei zur Verfügung stehen, was sich beispielsweise bezüglich des gesamten Hausrats oder der persönlichen Gegenstände anbietet, so empfiehlt es sich, diese Gegenstände dem überlebenden Ehegatten im Wege eines **Vorausvermächtnisses** (Ehegattenvorausvermächtnis) zukommen zu lassen. Diese Gegenstände unterliegen dann nicht der Vorerbenbindung. Bedenken Sie bitte auch, dass der Vorerbe ggf. gezwungen sein könnte, Pflichtteilsansprüche aus dem Nachlassvermögen zu befriedigen und daher eventuell berechtigt werden sollte, über (begrenzte) Kapitalmittel frei oder zweckgebunden zu verfügen.

## 2. Die Bindungswirkung des Ehegattentestaments

Zu Lebzeiten beider Ehegatten kann das Testament gemeinschaftlich oder einseitig durch notarielle Erklärung widerrufen werden. Der Widerruf kann auch einseitig durch einen Ehegatten erfolgen, jedoch kann das Testament von einem Ehegatten nicht heimlich widerrufen werden.

Wurde von den Ehegatten eine wechselbezügliche und bindende Schlusserbfolge bestimmt, so kann der überlebende Ehegatte die nach Eintritt des ersten Todesfalls bindend gewordenen Verfügungen nicht mehr abändern. Dies kann dazu führen, dass das Vermögen an die gemeinsam bestimmten Schlusserben fällt, obwohl sich diese bspw. nach dem Tod des Erstversterbenden nicht mehr um den überlebenden Ehepartner gekümmert haben. Es bietet sich daher an, in dem Ehegattentestament dem überlebenden Ehepartner eine Abänderungsbefugnis – die auch auf die gemeinsamen Abkömmlinge beschränkt werden kann – einzuräumen.

## 3. Wiederverheiratung

In einem Wiederverheiratungsfall des überlebenden Ehegatten käme ein weiterer Pflichtteilberechtigter auf dessen Seite hinzu, der die Erbansprüche der gemeinschaftlichen Kinder im Schlusserbfall mindern würde. Ferner besteht für den überlebenden Ehegatten wegen des neuen Pflichtteilsberechtigten die Möglichkeit, das frühere gemeinschaftliche Testament anzufechten. Sollen dessen Bindungswirkungen erhöht werden, muss dieses Anfechtungsrecht ausgeschlossen werden. Ferner ist zwischen „schwachen“ und „starken“ Wiederverheiratungsklauseln zu unterscheiden. Beispielsweise könnte der überlebende Ehegatte für den Fall der Wiederverheiratung nur als Vorerbe eingesetzt werden, wobei der Nacherbfall mit der Wiederverheiratung bereits eintritt. Alternativ könnte aber auch (nur) eine Verpflichtung des überlebenden Ehegatten für den Wiederverheiratungsfall vorgesehen werden, den erbberechtigten Abkömmlingen im Zeitpunkt der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten bestimmte Geldbeträge als Vermächtnisse auszuzahlen.

## 4. Erbschaftsteuer

Zu beachten sind bei der Testamentsgestaltung – insbesondere, wenn hohe Vermögenswerte vorhanden sind – auch erbschaftsteuerliche Gesichtspunkte. Bei der gegenseitigen Erbeinsetzung („Berliner Testament“/Einheitslösung) muss der überlebende Ehegatte den Erwerb voll versteuern. Die Schlusserben können nur ihre persönlichen Freibeträge nach dem Längstlebenden beider Ehegatten geltend machen und verlieren somit ihre Freibeträge nach dem Erstversterbenden. Diese steuerliche Folge tritt auch bei der Vor- und Nacherbschaft (Trennungslösung) grundsätzlich ein. Sollen also die Freibeträge für die „Schlusserben“ bzw. „Nacherben“ – nach dem Erstverstorbenen beider Elternteile erhalten bleiben, bedarf es weiterer testamentarischer Gestaltungen (z.B. Aussetzung von Vermächtnissen zugunsten der „späteren“ Erben bereits für den Fall des Todes des Erstversterbenden beider Eheleute).

**Abschließender Hinweis:**

Möchten Sie konkret für sich und Ihre spezielle familiäre und vermögensbezogene Situation mehr über das Erbrecht, die Erbschaft- und Schenkungssteuer sowie die in Ihrem Fall erforderliche und sinnvolle Testamentsgestaltung erfahren, dann sollten Sie sich von einem in diesen Dingen fachlich versierten Rechtsanwalt oder Notar – z.B. gerne auch von unserer Kanzlei – beraten lassen. Wir und die weiteren Vertragsanwälte des Verbandes Wohneigentum NRW e.V., dem Sie als Mitglied angehören, sind auf alle Fragen des Immobilieneigentums und Erbrechts spezialisiert!

**Holger Schiller**

Rechtsanwalt und Notariatsverwalter  
Fachanwalt für Familienrecht