



Berliner Testament: Neues zur Jastrowschen Klausel

– RA, Fachanwalt für Steuerrecht Dr. **Hanspeter Daragan**, Bremen –

Das Berliner Testament ist ein beliebtes Testament von Ehegatten. Jeder von ihnen setzt für den Fall, dass er zuerst stirbt, den anderen zu seinem Alleinerben ein. Und der Letztversterbende wird von den gemeinsamen Kindern beerbt. Ziel der Gestaltung ist es, dem Letztversterbenden bis zu seinem Tod den Nachlass des Erstversterbenden ungeschmälert zu erhalten. Nehmen wir an, die Eheleute leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Sie haben zwei Kinder. Der Vater stirbt und hinterlässt einen Nachlass von 800.000 €. Der Nachlass ist beim Tod der Mutter noch vorhanden. Denn die Mutter hat die Erbschaftsteuer, die angefallen ist, weil ihr nur noch ein geringer Versorgungsfreibetrag zustand, aus ihrem eigenen Vermögen bezahlt. Daher bekommen die Kinder A und B beim Tod der Mutter, die sie zu je $\frac{1}{2}$ beerben, den Nachlass des Vaters zu je $\frac{1}{2}$, also je 400.000 €. Das Warten hat sich für beide ausgezahlt.

Geltendmachung des Pflichtteils

Da die Mutter den Vater allein beerbt, sind die Kinder enterbt. Deshalb hat jedes von ihnen einen Pflichtteilsanspruch. Er ist ein Geldanspruch und beläuft sich auf den hälftigen Wert des Erbteils. Die Mutter hat insgesamt einen Erbteil von $\frac{1}{2}$. Jedes Kind hat einen Erbteil von $\frac{1}{4}$, also einen Pflichtteil von $\frac{1}{8}$. Macht das Kind A seinen Pflichtteil geltend, bekommt es aus dem Nachlass des Vaters 100.000 €. Stirbt die Mutter, wird sie von den Kindern zu je $\frac{1}{2}$ beerbt. Dadurch bekommt jedes Kind die Hälfte des verbliebenen Nachlasses des Vaters von 700.000 €, also je Kind 350.000 €. Dann hat Kind A aus dem Nachlass des Vaters insgesamt 450.000 € bekommen und Kind B 350.000 €.

Pflichtteilsstrafklausel

Wird dieses Ergebnis als ungerecht empfunden, bestimmen die Eheleute zusätzlich, dass ein Kind, das aus dem Nachlass des Erstversterbenden seinen Pflichtteil bekommen hat, auch aus dem Nachlass des Letztversterbenden, in dem der Nachlass des Erstversterbenden enthalten ist, nur seinen Pflichtteil bekommt. Dann bekommt Kind A beim Tod der Mutter auch nur seinen Pflichtteil.

Aber Kind A ist am Nachlass des Vaters zweimal beteiligt. Beim Tod des Vaters bekommt es aus dessen Nachlass 100.000 € als Pflichtteil. Beim Tod der Mutter bekommt es aus dem verbliebenen Nachlass des Vaters von 700.000 € seinen Pflichtteil von $\frac{1}{4}$, also 175.000 €. Insgesamt hat Kind A also 275.000 € aus dem Nachlass seines Vaters bekommen.

Jastrowsche Klausel

Mit ihr wird angeordnet, dass ein Kind, das beim Tod des Erstversterbenden seinen Pflichtteil nicht verlangt hat, ein Vermächtnis in Höhe seines Erbteils nach dem Erstversterbenden bekommt, wenn ein anderes Kind seinen Pflichtteil geltend gemacht hat. Das Vermächtnis fällt beim Tod des Erstversterbenden an und wird beim Tod des Letztversterbenden fällig, damit er finanziell nicht belastet ist. Nun verteilt sich der Nachlass des Vaters unter den Kindern so:

Kind A bekommt beim Tod des Vaters seinen Pflichtteil von 100.000 €, da das Vermächtnis für Kind B nicht abzugsfähig ist, den Wert des Nachlasses also nicht mindert. Beim Tod der Mutter mindert das Vermächtnis von 200.000 € den verbliebenen Nachlass des Vaters von 700.000 €, so dass er nur noch 500.000 € wert ist. Daraus bekommt Kind A seinen Pflichtteil von $\frac{1}{4}$, also 125.000 €. Alles in allem hat es 225.000 € bekommen. Und Kind B bekommt vom Vater insgesamt 575.000 €, nämlich sein Vermächtnis von 200.000 € und den nach Abzug des Vermächtnisses von 200.000 € und des Pflichtteils für Kind A von 125.000 € verbleibenden Nachlass des Vaters von 375.000 €.

Wortlaut der Jastrowschen Klausel: In Kurzform lautet sie so: „*Verlangt einer unserer Abkömmlinge nach dem Tod des Erstversterbenden gegen den Willen des Letztversterbenden seinen Pflichtteil, ist er mit seinem ganzen Stamm sowohl für den ersten als auch für den zweiten Erbfall von der Erbfolge ausgeschlossen. Die Abkömmlinge, die beim ersten Erbfall ihre Pflichtteile nicht geltend machen, erhalten aus dem Nachlass des Erstversterbenden Geldvermächtnisse in*



Höhe ihrer gesetzlichen Erbteile. Diese Vermächtnisse fallen beim Tod des Erstversterbenden an, werden jedoch erst mit dem Tod des Letztversterbenden zur Zahlung fällig.“

Erbschaftsteuerliche Beurteilung

Schön wäre es, wenn sich die Erbschaftsteuer dem erbrechtlichen Ergebnis anschließen würde. Denn dann könnte die erbende Mutter von ihrem Erwerb von 800.000 € nicht nur den Pflichtteil des Kindes A von 100.000 €, sondern auch das Vermächtnis für Kind B von 200.000 € als Nachlassverbindlichkeit abziehen, sei es sofort, weil Kind A seinen Pflichtteil bereits geltend gemacht hat, bevor der Erbschaftsteuerbescheid gegen sie ergangen ist, sei es nachträglich, weil der Erbschaftsteuerbescheid nach der Geltendmachung des Pflichtteils geändert wird. Insoweit bliebe sie von der Erbschaftsteuer verschont. Und Kind B müsste auf sein Vermächtnis nach seinem Vater keine Erbschaftsteuer zahlen, wenn ihm sein Freibetrag von 400.000 € in dieser Höhe noch zur Verfügung steht.

Leider ist dem nicht so, wie der **BFH** mit Urteil vom 11.10.2023 (Az. II R 34/20 → [st 365024](#)) entschieden hat. Denn dem Abzug des Vermächtnisses steht § 6 Abs. 4 ErbStG entgegen. Danach wird ein Vermächtnis, das erst beim Tod des letztversterbenden Elternteils fällig wird, nicht von dem Elternteil erworben, der es angeordnet hat, sondern von dem damit belasteten Elternteil. Das Vermächtnis für Kind B von 200.000 € kommt also nicht vom Vater, sondern von der Mutter. Deshalb kann es die Mutter nicht als Nachlassverbindlichkeit abziehen. Zu diesem Ergebnis kommt auch der BFH, allerdings mit anderer Begründung. Denn er verneint die Abzugsfähigkeit, weil das Vermächtnis für die Mutter keine wirtschaftliche Belastung darstellt. Das Vermächtnis müsste Kind B an sich beim Tod der Mutter als Vermächtnis von der Mutter versteuern. Aber gleich der Finanzverwaltung erlaubt ihm der BFH, die Vermächtnisschuld der Mutter als Nachlassverbindlichkeit abziehen. Das läuft für Kind B auf ein Nullsummenspiel hinaus, da es sowohl Erbe der mit dem Vermächtnis belasteten Mutter als auch Vermächtnisnehmer ist. Aber es ändert nichts daran, dass sein Freibetrag und andere Vergünstigungen für sein Vermächtnis verlorengehen und der ungeminderte Nachlass des Vaters als Teil des Nachlasses der Mutter progressionswirksam wird.

Die Lösung

Die Anwendbarkeit von § 6 Abs. 4 ErbStG wird vermieden, weil das Vermächtnis vom Vater nicht schon bei des-

sen Tod anfällt und erst beim Tod der Mutter fällig wird. Dafür würde es eigentlich bereits genügen, dass das Vermächtnis beim Tod des Vaters anfällt und nicht mit, sondern nach dem Tod der Mutter fällig wird. Gestaltungssicherer erscheint es, das Vermächtnis erst nach dem Tod der Mutter anfallen zu lassen. Denn der Vater hat freie Hand, wann ein Vermächtnis nach ihm anfällt, also entsteht oder voll wirksam wird.

Dann muss die Fälligkeit an sich nicht hinausgeschoben werden und könnte zeitgleich mit dem Anfall des Vermächtnisses eintreten. Vorher, also mit dem Tod der Mutter, kann sie jedenfalls nicht eintreten, weil ein Anspruch, der noch nicht entstanden oder voll wirksam ist, nicht fällig werden kann. Aber da doppelt genährt bekanntlich besser hält, sollte die Fälligkeit dennoch hinausgeschoben werden.

Die fortgeschriebene Jastrowsche Klausel lautet also so: *„Verlangt einer unserer Abkömmlinge nach dem Tod des Erstversterbenden gegen den Willen des Letztversterbenden seinen Pflichtteil, ist er mit seinem ganzen Stamm sowohl für den ersten als auch für den zweiten Erbfall von der Erbfolge ausgeschlossen. Die Abkömmlinge, die beim ersten Erbfall ihre Pflichtteile nicht geltend machen, erhalten aus dem Nachlass des Erstversterbenden Geldvermächtnisse in Höhe ihrer gesetzlichen Erbteile. Diese Vermächtnisse fallen jedoch nicht schon beim Tod des Erstversterbenden an, sondern erst am Ende des Tages, der auf den Tod des Letztversterbenden folgt, und sind einen Monat nach dem Anfall zur Zahlung fällig.“*

Die Erbschaftsteuer jetzt

Jetzt wird das Vermächtnis des Vaters nicht beim Tod der Mutter fällig, sondern erst einen Tag und einen Monat danach. § 6 Abs. 4 ErbStG ist darauf nicht anwendbar. Deshalb stammt das Vermächtnis für Kind B von 200.000 € von seinem Vater. Es ist steuerfrei, wenn Kind B insoweit seinen Freibetrag noch hat. Bei der Besteuerung der Mutter wird das Vermächtnis als Nachlassverbindlichkeit abgezogen. Zwar nicht sofort, weil es im Erbfall nach dem Vater noch befristet ist.

Wohl aber kann Kind B, das die Mutter beerbt, beantragen, den Erbschaftsteuerbescheid gegen die Mutter zu ändern, indem die nunmehr wirksame Vermächtnisverbindlichkeit nachträglich abgezogen wird. Dann beträgt der Erwerb der Mutter nicht mehr 700.000 €, sondern nur noch 500.000 €, und die von der Mutter zu viel gezahlte Erbschaftsteuer wird Kind B erstattet.