

## Vorsorgebrief 2/ 2022 vom Fachanwalt für Erbrecht Dr. Wolfgang Buerstedde

### Themen im Überblick

1. Notvertretungsrecht für Ehegatten
2. Rechtsschutzversicherung: Erstberatung und Vorsorge
3. Trans- und postmortale Vollmacht
4. Erwachsenenadoption im Erbrecht
5. Praxisfall: Rechtzeitige Vorsorge- und Nachlassgestaltung
6. Pflichtteil und Grunderwerbssteuer
7. Testamentvollstreckerzeugnis – Befreiung von Selbstkontrahierungsverbot
8. Reue – ein Gefühl mit Leidensdruck: Der Blick zurück lässt nach vorn blicken.

**Hinweis:** [www.VorsorgeOrdnung.de](http://www.VorsorgeOrdnung.de)

Für Fragen oder Anregungen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

**Tel. 02222-931180**

**Telefonische Beratung** für 3 Euro pro Minute aus dem deutschen Festnetz unter:

**Tel. 0900 10 40 80 1**

Dr. Wolfgang Buerstedde  
Fachanwalt für Erbrecht  
Rathausstr. 16  
53332 Bornheim

## 1. Notvertretungsrecht für Ehegatten

Ab dem 1. Januar 2023 gilt ein **gesetzliches** Notvertretungsrecht. Verheiratete dürfen im Notfall **sechs Monate** lang für den anderen Ehegatten Entscheidungen in **Gesundheitsangelegenheiten** treffen.

Dieses Notvertretungsrecht, nunmehr in § 1385 BGB geregelt, gilt aber nicht für vermögensrechtliche Angelegenheiten. Der Ehegatte kann also nicht für Konto und Vermögen Regelungen treffen.

Von **gesetzlicher** Vertretungsmacht spricht man typischerweise bei Eltern gegenüber minderjährigen Kindern. Die Vertretungsmacht ergibt sich direkt aus dem Gesetz.

Wenn man einen anderen jedoch ermächtigt, etwa aufgrund einer Vorsorgevollmacht, so spricht man von „**gewillkürten**“ Vertretungsmacht. Sie beruht auf der Bestimmung des Vollmachtgebers.

Der neue § 1385 BGB beginnt:

*(1) Kann ein Ehegatte aufgrund von Bewusstlosigkeit oder Krankheit seine Angelegenheiten der Gesundheitspflege rechtlich nicht besorgen (vertreter Ehegatte), ist der andere Ehegatte (vertreter Ehegatte) berechtigt, für den vertretenen Ehegatten*

- 1. in Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einzuwilligen oder sie zu untersagen sowie ärztliche Aufklärungen entgegenzunehmen,*
- 2. Behandlungsverträge, Krankenhausverträge oder Verträge über eilige Maßnahmen der Rehabilitation und der Pflege abzuschließen und durchzusetzen,*
- 3. über Maßnahmen nach § 1831 Absatz 4 zu entscheiden, sofern die Dauer der Maßnahme im Einzelfall sechs Wochen nicht überschreitet, und*
- 4. Ansprüche, die dem vertretenen Ehegatten aus Anlass der Erkrankung gegenüber Dritten zustehen, geltend zu machen und an die Leistungserbringer aus den Verträgen nach Nummer 2 abzutreten oder Zahlung an diese zu verlangen. [...]*

Zudem wird geregelt, wann das Vertretungsrecht nicht gilt, etwa bei getrennt lebenden Ehegatten.

Auch wird auf die Befreiung von der ärztlichen **Schweigepflicht** eingegangen, und auch die Notwendigkeit einer **ärztlichen Bescheinigung**.

Die Neuregelung ist zu begrüßen, denn in der Praxis wird der Ehegatte für den anderen handeln.

Nicht selten haben diese aber versäumt, entsprechende Vorsorgevollmachten zu erteilen. Das Notvertretungsrecht ist aber keine Ausrede, nicht eine Vorsorgevollmacht zu errichten; allein aus drei Gründen:

1. die Beschränkung der Vollmacht auf gesundheitliche Angelegenheiten,
2. die auf 6 Monate begrenzte Zeitdauer,
3. und die fehlende Regelung eines „Ersatzbevollmächtigten“, falls der Ehegatte nicht für einen da sein kann oder will.

**Tipp:** Es bleibt dabei: Errichten Sie umfassende Vorsorgevollmachten!

Und wenn man schon dabei ist, sollte auch an die Errichtung der Patientenverfügung gedacht werden. Dort werden die Behandlungswünsche aufgenommen, so dass der Ehegatte auch weiß, was der andere will

## 2. Rechtsschutzversicherung: Erstberatung und Vorsorge

Unter der Überschrift „Streiten ohne Angst“ untersucht die Stiftung Warentest - Finanztest in ihrer Ausgabe vom April 2022 (S. 28-36) Rechtsschutzversicherungen.

Rechtsschutz kann für eine **erbrechtliche Erstberatung** versichert werden. Dann werden anlässlich eines Versicherungsfalles - typischerweise bei Versterben eines Angehörigen - die Kosten der anwaltlichen Erstberatung (meist 226,10 Euro) übernommen.

Was über die Erstberatung hinausgeht, wie Schriftverkehr oder gerichtliche Vertretung ist meist nicht gedeckt. Einige Policen bieten aber auch einen „**erweiterten Rechtsschutz**“. Dann übernimmt die Versicherung auch Kosten bis zu einer bestimmten Grenze, etwa bis zu 1.000 Euro oder 2.500 Euro, etwa beim Tarif Premium von Roland.

Zum Testsieger hat Finanztest die „Premium“-Versicherung vom ADAC gekürt. Sie kostet jährlich 365 Euro bei einer Selbstbeteiligung von 150 Euro.

Finanztest rät beim Abschluss bzw. beim Wechsel der Rechtsschutzversicherung: Prüfen Sie, welche Rechtsschutzbausteine Sie wirklich brauchen. Gewerkschaftsmitglieder benötigen den Baustein Beruf nicht unbedingt, Mitglieder von Mietervereinen können oft auch auf den Baustein Wohnen verzichten. Als Faustregel gelte: Alte Verträge sind häufig besser.

In der Ausgabe vom Mai 2022 (S. 37) nennt Finanztest weitere Versicherungen, die einen Zuschuss für eine **Beratung für Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung** bieten.

Ein Zuschuss von 500 Euro bietet etwa die ARAG mit den Versicherungen „Aktiv Premium Flex“ (Jahresbeitrag 574 Euro bei Selbstbeteiligung von 150 Euro) und „Aktiv Premium“ (Jahresbeitrag 478 Euro bei Selbstbeteiligung von 150 Euro).

Einige Versicherungen bieten (eingeschränkten) Rechtsschutz im **Betreuungsverfahren**, also bei einem Verfahren vor dem Betreuungsgericht, wo die Frage einer amtlichen Betreuung entschieden wird. Ein solches Verfahren lässt sich meist durch die Errichtung von Vorsorgeverfügungen vermeiden.

### 3. Trans- und postmortale Vollmacht

Die Vollmacht, die über den Tod hinaus und nach dem Tod gilt: Hier kann der Bevollmächtigte zugunsten der Erben des Vollmachtgebers tätig werden - auch nach dessen Tod.

Umstritten ist, ob der Bevollmächtigte, der gleichzeitig Alleinerbe des Vollmachtgebers ist, auch die Vollmacht nutzen kann.

Dies hat nun das Kammergericht in Berlin bejaht:

Die notarielle Bevollmächtigte und Alleinerbin wollte sich selbst das Nachlassgrundstück übertragen. Im Grundbuch war noch der Erblasser eingetragen. Im notariellen Übertagungsvertrag stand sie, als Verkäuferin - auf einer Seite als Bevollmächtigte im Namen der Erben - und auf der anderen Seite als Käuferin und zugleich als Alleinerbin des Erblassers.

Das Grundbuchamt weigerte sich, die Klägerin einzutragen und forderte einen Nachweis nach § 35 Grundbuchordnung, also typischerweise einen Erbschein.

Das Kammergericht in Berlin lässt die notarielle Vollmacht ausreichen: Die Vollmacht erlösche nicht ohne weiteres, wenn der Vertretene und der Vertreter in einer Person zusammenfallen. Es mag begrifflich ausgeschlossen sein, sich selbst zu vertreten. Dennoch ist die vom Erblasser abgeleitete Befugnis als fortbestehend zu behandeln, wenn dies berechnigte Interessen gebieten.

Das ist soweit ersichtlich die erste Entscheidung eines Oberlandesgericht, das ausdrücklich die Wirksamkeit der notariellen Vollmacht an den Alleinerben anerkennt.

**Hinweis:** Diese Entscheidung ist zu begrüßen; so erspart man sich vielfach einen teuren Erbschein. Noch fehlt aber eine Bestätigung durch den Bundesgerichtshof. Bis dahin sollte rein vorsorglich, die Alleinerbstellung bei der Nutzung einer beglaubigten bzw. notariell beurkundeten über den Tod hinaus geltenden Vorsorgevollmacht nicht gegenüber dem Notar bzw. dem Grundbuchamt offengelegt werden.

#### 4. Erwachsenenadoption im Erbrecht

In meiner Kanzlei kommt es immer wieder vor: Aufgrund der Versorgung von Älteren entsteht zwischen den Betreuten und dem „Pfleger“ eine besondere Beziehung, die sich zu einer „Eltern-Kind-Beziehung“ entwickelt. Dann wird auch eine Adoption erwogen.

Voraussetzung für die Adoption ist eine auf Dauer angelegte Bereitschaft zu gegenseitigem Beistand, wie ihn sich leibliche Eltern und ihre Kinder typischerweise leisten.

Maßgeblich soll eine dauernde seelisch-geistige Verbundenheit sein, wie sie zwischen Eltern und Kind auch nach dessen Volljährigkeit geprägt bleibt, sowie ein soziales Familienband, das seinem Inhalt nach dem durch die natürliche Abstammung geschaffenen ähnelt.

Die Adoption eines Erwachsenen begründet neue Verwandtschaftsverhältnisse.

Sie hat aber auch erbrechtliche Wirkungen:

Mit der Adoption eines Erwachsenen wird der Angenommene Kind des Annehmenden und die Kinder des Angenommenen werden Enkel des Annehmenden, § 1767 Abs. 2 i.V.m. § 1754 Abs. 1 und 2 BGB. Kein Verwandtschaftsverhältnis entsteht zwischen dem Angenommenen und den Verwandten des Annehmenden, § 1770 Abs. 1 BGB.

Auch die Verwandtschaft zu den leiblichen Eltern des Angenommenen ändert sich nicht, § 1770 Abs. 2 BGB.

Die Erwachsenenadoption wird daher als „schwach“ wirkende Adoption bezeichnet.

Nur ausnahmsweise kann auch eine „starke“ Adoption - wie bei der Adoption eines Minderjährigen - erreicht werden, § 1772 BGB. Bei der starken Adoption erlischt die Verwandtschaft zu der leiblichen Familie. Diese würde auch den Angenommenen von Unterhaltsansprüchen seiner leiblichen Eltern befreien.

Mit der Adoption erwirbt der Angenommene auch als Geburtsname den Familiennamen des Annehmenden, § 1757 Abs. 1 in Verbindung mit 1767 Abs. 2 BGB.

Zu einer Änderung des Familiennamens kommt es aber nicht, wenn der Annehmende bereits verheiratet ist, sein Geburtsname zum Ehenamen bestimmt wurde und sich der Ehegatte bei der Adoption einer Namensänderung nicht anschließt, § 1757 Abs. 2 S. 3 iVm. § 1767 Abs. 2 BGB. Entsprechendes gilt bei Geschiedenen oder Verwitweten.

Der Annehmende kann seinen Namen beibehalten, wenn ihm ansonsten schwerwiegende Nachteile drohen.

Der Bundesgerichtshof (BGH 13.05.2020, XII ZB 427/19) hält das Namensrecht bei der schwachen Volljährigen-Adoption für verfassungswidrig. Nun muss das Bundesverfassungsgericht entscheiden.

Die Adoption kann bei dem Angenommenen zu einer erheblichen **Steuerersparnis** führen, wenn dieser dann vom Annehmenden Schenkungen erhält bzw. erbt. Der Angenommene erhält den Freibetrag von 400.000 Euro, § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG, anstatt von 20.000 Euro bei der Steuerklasse III.

Zudem ändert sich der Steuersatz. Es gilt der Eingangssteuersatz von 7%, statt von 30 %, § 19 Abs. 1 ErbStG.

Verstirbt beispielsweise der Annehmende und vererbt dem Angenommenen 300.000 Euro, so würde der Angenommene keine Erbschaftsteuer zahlen.

Wäre er nicht adoptiert worden, würde er 280.000 Euro zu einem Steuersatz von 30 % versteuern. Er müsste also 84.000 Euro Erbschaftsteuer zahlen.

Die Adoption kann auch **Pflichtteilsansprüche** bereits vorhandener Angehöriger deutlich reduzieren. Hat eine Witwe bisher zwei Kinder, hätten die Kinder einen Pflichtteilsanspruch von je 1/4 (die Hälfte des gesetzlichen Erbteils). Würde die Witwe nun ein weiteres Kind annehmen, so hätten die drei Kinder jeweils nur einen Pflichtteilsanspruch von 1/6.

Bei Ehegatten, die gemeinsam testiert haben, kann die Adoption einen **Anfechtungsgrund** schaffen wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten, §§ 2079 S. 1, 2281 BGB. So kann beispielsweise die **bindende Schlusserbeinsetzung** der bisherigen Kinder, die der überlebende Ehegatte nicht mehr ändern dürfte, wieder durchbrochen werden.

Dann hätte der annehmende Witwer wieder die Möglichkeit neu zu testieren und etwa nur den Angenommenen zu bedenken.

Sie sehen, eine Adoption hat weitreichende Wirkungen und sollte gut durchdacht sein.

Ein kurzer Hinweis zur **Minderjährigen-Adoption**: Erfolgt die Adoption (bzw. der Antrag) vor dem 18. Lebensjahr erwirbt dieser automatisch die deutsche **Staatsbürgerschaft**, wenn der Annehmende Deutscher ist, § 6 Staatsangehörigkeitsgesetz. Dies gilt leider nicht bei der Erwachsenenadoption.

## 5. Praxisfall: Rechtzeitige Vorsorge- und Nachlassgestaltung

Die Mutter von drei Töchtern stirbt. Sie hinterlässt Immobilien in Deutschland von 600.000 Euro.

Die drei Kinder würden nach der gesetzlichen Erbfolge je 1/3 erben, also jeweils 200.000 Euro.

Zwei Kinder leben in Deutschland, haben einen Freibetrag von jeweils 400.000 Euro. Zahlen somit keine Erbschaftssteuer.

Etwa ein Jahr vor dem Tod der Mutter übersiedelt eine Tochter nach Spanien. Nun kommt auch die „spanische“ Erbschaftsteuer ins Spiel. Der Freibetrag liegt dort nur bei ca. 15.000 Euro. Sie müsste nun einen ganzen Batzen an den „spanischen“ Fiskus zahlen.

Um die Steuer zu sparen, kommt eine Rückverlagerung des Wohnsitzes nach Deutschland nicht in Betracht. Das „spanische“ Steuerrecht knüpft an den Todestag an.

Als nicht befriedigende Notlösung kommt nun eine Ausschlagung der Erbschaft durch die in Spanien lebenden Tochter gegen Abfindung in Betracht, wobei der Betrag der Abfindung deutlich geringer ist als der 1/3-Anteil.

Dafür zahlt sie dann aber weniger „spanische“ Erbschaftssteuer.

Hätte die Erblasserin vor dem Umzug der Tochter eine lebzeitige Zuwendung gemacht, hätte die Erbschaftsteuer in Spanien vermieden werden können.

## 6. Pflichtteil und Grunderwerbsteuer

Wird ein Grundstück übertragen fällt grundsätzlich Grunderwerbsteuer an. In NRW beträgt diese Steuer 6,5 % des Wertes, bei einem Kaufpreis von 100.000 Euro also 6.500 Euro. Allerdings gibt es einige Ausnahmen, die bei der Vorsorge- und Nachlassgestaltung relevant sind.

Nicht besteuert werden **Grundstücksschenkungen unter Lebenden** im Sinne des Erbschaftsteuer- und Schenkungssteuergesetzes, § 3 Nr. 2 GrERStG.

Eine Grundstücksübertragung, etwa von Eltern auf ein Kind, kann aber auch zur Erfüllung eines Pflichtteilsanspruchs geschehen. Das bietet sich an, wenn der Schenkungssteuerfreibetrag bereits ausgeschöpft bzw. den Wert der Schenkung übersteigen würde.

Wird dabei das Grundstück - **unmittelbar - von Todes wegen** übertragen, etwa zur Abfindung eines **entstandenen** (aber noch nicht geltend gemachten) Pflichtteilsanspruchs, so wird unstreitig die

Befreiung von der Grunderwerbsteuer gewährt. Dann greift auch hier die Befreiung „der Grundstückserwerb von Todes wegen“ nach § 3 Nr. 2 GrERStG und § 3 Abs. 2 Nr. 4 Erbschaftsteuergesetz.

Der Pflichtteilsanspruch entsteht nach dem Todesfall und aufgrund Enterbung bzw. nach Ausschlagung einer Erbschaft.

Für den Normalbürger sicherlich nicht verständlich, wird nun aber unterscheiden: Wird der Pflichtteil „**geltend gemacht**“ und erfolgt der Erwerb des Grundstücks in Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs, so greift die Befreiungsvorschrift nicht, da kein unmittelbarer Erwerb von Todes wegen erfolge. Der Erwerb erfolgt nämlich dann zum Ausgleich des bereits geltend gemachten Pflichtteils. Der geltend gemachte Pflichtteilsanspruch unterliegt dann zudem der Besteuerung, § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 ErbStG.

Die frühere Rechtsprechung gewährte bis zur Entscheidung des Bundesfinanzhofs in 2002 die Steuerbefreiung des Grundstücks(teils) zur Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs.

Für die Befreiung gibt es jedoch einen guten Grund: Eine Doppelbesteuerung mit Erbschaftsteuer und Grunderwerbsteuer soll vermieden werden.

Die Ansicht vertritt auch Eberhard Bachem (Der Pflichtteil im Steuerrecht, 2021, S. 192) und stellt klar, dass es nicht einsichtig ist, die beiden Fälle (Abfindungsvereinbarung nach Entstehung des Anspruchs und dem Fall nach der Geltendmachung des Pflichtteils) unterschiedlich zu behandeln.

Gegen eine Besteuerung mit Grunderwerbsteuer könnte es sich also empfehlen, Einspruch zu erheben.

## 7. Testamentsvollstreckerzeugnis – Befreiung von Selbstkontrahierungsverbot

Wie bei einer Vorsorgevollmacht kann der Erblasser bei der **Anordnung der Testamentsvollstreckung** den Testamentsvollstrecker von der Verfügungsbeschränkung des § 181 BGB befreien; also vom **Verbot des Selbstkontrahierens**. Was bedeutet das?

Ein Vertreter darf grundsätzlich nicht mit sich selbst ein Geschäft tätigen, sogenanntes „In-Sich-Geschäft“. Hintergrund: Wenn dieselbe Person auf beiden Seiten des Geschäfts mitwirkt, besteht die Gefahr einer Interessenkollision, bzw. dass der eine Teil geschädigt wird.

Aber sowohl der Bevollmächtigte als auch ein Testamentsvollstrecker kann von dieser Beschränkung durch den Vollmachtgeber oder den Testator befreit werden.

Das macht auch häufig Sinn. Für die Erfüllung der Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist dies regelmäßig nötig, wie etwa bei der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft, wenn der



Testamentsvollstrecker auch Miterbe ist, Vermächtniserfüllung, Unternehmensvereinbarung, Selbstmandatierung von Berufsträgern.

- Tipp:**
1. Wenn Sie einen Testamentsvollstrecker ernennen, sollte dieser ausdrücklich vom Verbot des § 181 BGB befreit werden.
  2. Wenn Sie als Testamentsvollstrecker ein Testamentsvollstreckerzeugnis beim Nachlassgericht beantragen, sollte in diesem aufgenommen werden, dass Sie vom Verbot des § 181 BGB befreit sind.

## **8. Reue – ein Gefühl mit Leidensdruck: Der Blick zurück lässt nach vorn blicken.**

Wer hat nicht schon mal etwas bereut? Sich nicht getraut haben, den „Geliebten“ anzusprechen? Zu wenig in der Schule oder an der Uni gearbeitet zu haben? Keine Auslandssemester unternommen zu haben? Nicht den Mut aufgebracht haben, sich selbständig zu machen? Zu wenig angespart zu haben? Lehrer oder Eltern seine Dankbarkeit gegenüber geäußert zu haben?

Im Podcast Nr. 248 (englisch) [[https://www.youtube.com/watch?v=p6Nv\\_fbUx2s](https://www.youtube.com/watch?v=p6Nv_fbUx2s)] hat Daniel Pink mit Dr. Rangan Chatterjee beobachtet, dass Jüngere eher etwas bedauern, was sie gemacht haben, während Ältere eher bedauern, was sie unterlassen haben.

Anders als bei gewöhnlichen Fehlern hält das Unbehagen an. Und dieses negative Gefühl ist Teil des Lebens. Es fordert heraus, etwas künftig besser zu machen.

Pink erläutert: Wir bereuen etwas, was uns wichtig ist. So könne man sich über die eigenen Wertvorstellungen Klarheit verschaffen. Reue wirkt so als Signal. Es gibt uns die Möglichkeit, zu reflektieren. Dann sind wir auch in der Lage, es künftig besser zu machen und persönlich zu wachsen.

Negative Gefühle haben auch ihr Gutes.

Ich habe es zum Beispiel bereut, während meiner Schulzeit nicht eingeschritten zu sein, als Mitschüler für einen „schlecht“ gekleideten Mitschüler Geld gesammelt haben, um ihn bloßzustellen. Das widersprach und widerspricht meinem Gerechtigkeitsgefühl.

Heute bin ich für solches Mobbing-Verhalten sensibilisiert. Es dürfte auch in künftigen Situationen meine Bereitschaft erhöhen, einzuschreiten, wenn ich sehe, dass andere gemobbt werden.

Interessant ist bei der Reue auch, dass es ums Verhalten geht (etwas getan oder unterlassen zu haben) und nicht so sehr die weitergehende Überlegung, was alles - ansonsten positiv - geschehen wäre.

Auf den möglichen – positiven vorgestellten - Erfolg kommt es also nicht an.

Der erste Schritt der Besserung ist häufig darüber mit einem anderen zu sprechen; es nieder zu schreiben, sich selbst mit dem negativen Gefühl zu konfrontieren. So wird es konkret.

Nicht selten entsteht Reue, weil man sich nicht traut, erneut mit jemandem Kontakt aufzunehmen, weil man sich über Jahre auseinandergeliebt hat. Was würde dein bester Freund Dir raten? Vielleicht hilft auch die Zeitreise: Was würdest Du Dir selbst sagen, in 10 Jahren von heute?

Im Zweifel dürfte es sich empfehlen, den Kontakt aufzunehmen. Im Zweifel zur Beerdigung gehen. Man sollte sich bewusst sein, dass der Andere meist über die Kontaktaufnahme erfreut sein wird. Die eigene, negative Vorstellung: Was wird der Andere bloß denken..., wird von einem selbst meist vollkommen überschätzt.

Also: Springen Sie ins kalte Wasser!