

Vorwort zur 3. Auflage

Nach drei Jahren war das Werk zu überarbeiten. Neue Rechtsprechung wurde eingearbeitet. Wenngleich im Vordergrund Formulierungsbeispiele stehen, wurde jetzt noch näher auf die einzelnen Gestaltungsvarianten eingegangen. Dem Benutzer der Formulare soll damit noch mehr Verständnis für die einzelnen Elemente vermittelt werden. So wurden zusammenfassende Formulierungsvorschläge an das Ende der jeweiligen Erläuterung gesetzt. Gesamtformulare sind nach wie vor abrufbar. Der Autor hofft, dass damit die praktische Nutzbarkeit des Werks erhöht wird.

Für konstruktive Kritik und Verbesserungsvorschläge sind Verlag und Autor dankbar.

Beckum im Januar 2022

Rüdiger Gockel

Vorwort zur 2. Auflage

Nach der erfreulich guten Resonanz des Werks in 1. Auflage ist die 2. Auflage auf den neusten Stand gebracht worden. Sie berücksichtigt die neue Rechtsprechung, insbesondere die des OLG Hamm zur Frage der Sittenwidrigkeit eines Behindertentestamentes bei sogenannten Nachlässen. Auf die Frage wie es einem Testamentsvollstrecker im Rahmen der Dauertestamentsvollstreckung gestattet werden kann, gegebenenfalls auch auf die Substanz des Nachlasses zurückgreifen zu dürfen, wird näher erörtert. Da in der sogenannten Niedrigzinsphase die Anweisung, ausdrücklich nur die Erträge des Nachlasses verwenden zu dürfen, nicht mehr zielführend sein kann.

Die Stellung des Testamentsvollstreckers wird weiter konkretisiert, aufgearbeitet und mit Beispielen untermauert. Erweitert wurden zudem die Erörterungen zur Erbauseinandersetzung im Bereich des Behindertentestamentes.

Autor und Verlag sind wie immer für kritische Stellungnahmen sowie Ergänzungswünsche dankbar.

Beckum im März 2018

Rüdiger Gockel

Vorwort zur 1. Auflage

Wir befinden uns in einer stets älter werdenden Gesellschaft. Diejenigen, die im Erbrecht als Gestalter und Berater tätig sind, werden ohne weiteres bestätigen, dass nicht nur ein fast täglich steigender Bedarf an Beratung im Erbrecht zu verzeichnen ist, sondern angesichts der Demografie der Bevölkerung eben auch zu beobachten ist, dass die Testieren-

den selbst immer älter werden. So ist der mit der Beurkundung einer letztwilligen Verfügung beauftragte Notar häufig mit alten, gebrechlichen, teilweise schon schwer kranken Beteiligten konfrontiert und muss in seiner Praxis regelmäßig Fragen zur Testierfähigkeit beantworten bzw. dafür sorgen, dass die von ihm veranlassten Testamente auch einer späteren gerichtlichen Überprüfung Stand halten. Die an die Gestaltungspraxis gerichteten Anforderungen steigen damit an, denn es ist in aller Regel nicht möglich, bei den hier beschriebenen Beteiligten die übliche Form der Gestaltung einer letztwilligen Verfügung zu wählen, ohne auf die Besonderheiten einzugehen, die die Behinderung der Beteiligten für die Beurkundung mit sich bringen.

Aber selbst sehr alten oder auch sehr kranken Beteiligten muss es natürlich möglich sein, noch wirksam ein Testament zu errichten, solange die Testierfähigkeit noch gegeben ist. Der Notar darf die Beurkundung nur dann ablehnen, wenn die Testierunfähigkeit zweifelsfrei feststeht. Darin zeigt sich bereits das Dilemma, ist der Notar doch nicht darin geschult, Fragen der Testierfähigkeit auch nur annähernd zutreffend beantworten zu können.

Wie geht man also mit schwer kranken, behinderten (tauben, blinden, schreibunfähigen) Beteiligten um und erreicht, dass letztlich doch noch eine wirksame letztwillige Verfügung zustande kommt.

Diese Problematik wird im ersten Teil des Buches abgehandelt.

Im Weiteren beschäftigt sich das vorliegende Buch mit den Besonderheiten des Behindertentestamentes, also einer letztwilligen Verfügung von Eltern mit meist einem Behinderten und weiteren gesunden Kindern. Die hierzu ergangene Rechtsprechung, insbesondere die jüngere Rechtsprechung des BGH, eröffnet Möglichkeiten zu einer wirksamen Testierung. Obgleich die Problematik des Behindertentestamentes häufig schon Gegenstand von Abhandlungen war, findet man leider in der notariellen Praxis immer noch unzureichende Versuche, hier eine wirksame Testierung zu vollziehen. Auch dazu soll dieses Buch weitere Hilfestellungen bieten, insbesondere durch entsprechende Formulierungsvorschläge.

Ebenso häufig ist der Notar mit Bedürftigen konfrontiert, denen Eltern durchaus etwas zukommen lassen wollen, wobei jedoch verhindert werden soll, dass ein Durchgriff von Gläubigern oder seitens des Staates auf entsprechende Nachlassgegenstände erfolgen kann. Fragen des Bedürftigentestamentes gilt es also ebenfalls abzuhandeln.

Schließlich sind die Besonderheiten der – gescheiterten – Ehe zu beleuchten, die zu der Problematik des Testamentes für Geschiedene führt. Auch hier sind besondere Schutzmechanismen einzuziehen, um zu verhindern, dass der Ex-Partner im weiteren Verlaufe durch eine ungeschickte Gestaltung etwa Zugriff auf den Nachlass erhält. Das gilt dann schließlich auch für die Patchwork-Situation, eine familienrechtliche Ausgangslage, die wir in unserem heutigen Notariat fast täglich antreffen.

Der Verfasser hat sich bemüht, den Stand der Rechtsprechung möglichst aktuell einzuarbeiten, wenngleich nicht verkannt werden darf, dass die Rechtsprechung zu den hier abgehandelten Problemkreisen regelmäßig im Flusse ist. Vor diesem Hintergrund kann natürlich auch eine irgendwie geartete Haftung für die vorgeschlagenen Formulierungen nicht übernommen werden.

Für Kritik, Verbesserungsvorschläge oder Anregungen anderer Art bin ich dankbar und würde sie gern aufgreifen.

Beckum im Juni 2015

Rüdiger Gockel

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 3. Auflage	5
Vorwort zur 2. Auflage	5
Vorwort zur 1. Auflage	5
Musterverzeichnis	15
Literaturverzeichnis	17
Abkürzungsverzeichnis	19
§ 1 Die Beteiligung Behinderter bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen	25
A. Vorbemerkung	25
B. Die Amtspflichten des Notars	25
I. Die Bedeutung des § 11 BeurkG	25
II. Inhaltliche Fragen	26
1. Abgrenzung zur Unterschriftsbeglaubigung	26
2. Die „erforderliche“ Geschäftsfähigkeit	27
3. Kostenanspruch des Notars bei Geschäftsunfähigkeit?	27
4. Pflicht des Notars zu weiteren Nachforschungen im Zusammenhang mit der Geschäftsfähigkeit?	28
C. Die erforderliche Geschäftsfähigkeit	30
I. Allgemeines	30
II. Feststellungen des Notars	30
III. Bedeutung der Feststellungen des Notars	32
IV. Zweifel des Notars	33
V. Vermerke des Notars	34
1. Muster: Hinweis bei Schwerkranken	36
2. Muster: Hinweis bei bettlägerigen Beteiligten	36
D. Testier-/Geschäftsunfähigkeit	38
I. Abgrenzung Testierfähigkeit/Geschäftsfähigkeit	38
II. Sonderfall: Demenzerkrankte	39
III. Das sogenannte luzide Intervall	40
E. Hör-, sprach- und sehbehinderte Beteiligte	41
I. Die Grundregel des § 22 BeurkG	41
1. Allgemeines	41
2. Einzelheiten	42
3. Zeuge/Zweiter Notar	44
4. Das Hinzuziehen	46
5. Verzicht der Beteiligten und Vermerk	46

II. Besonderheiten für hör- und sprachbehinderte Beteiligte, mit denen eine schriftliche Verständigung nicht möglich ist.	48
1. Die Ausgangslage	48
2. Folgen eines Verstoßes	51
3. Beispielsfall aus der Rechtsprechung	51
III. Schreibunfähige Beteiligte	53
IV. Musterformulierungen	54
1. Muster: Testamenterrichtung Schreibunfähiger	54
2. Muster: Testamenterrichtung Sehbehinderter	55
3. Muster: Testamenterrichtung Hörbehinderter	55
4. Muster: Testamenterrichtung Sprachbehinderter/Stummer	55
5. Muster: Testamenterrichtung Hör-/Sprechbehinderter	56
6. Muster: Testamenterrichtung durch Taub-Blinden	56
V. Zusätzliche Besonderheiten bei Beurkundung eines Erbvertrages	57
§ 2 Das Behindertentestament	59
A. Allgemeines	59
B. Die Pflichtteilsstrafklausel	60
I. Pflichtteilsstrafklausel bei offener Schlusserbeneinsetzung	60
II. Pflichtteilsstrafklausel bei verbindlicher Schlusserbeneinsetzung	62
III. Zusammenfassung	65
C. Der Pflichtteilsverzicht.	66
D. Die Ausschlagung als Reparaturmöglichkeit bei ungewollter Erbfolge?	69
I. Ausschlagungserklärung durch den Betreuer	69
II. Überleitungsrecht des Sozialhilfeträgers?	71
E. Reparaturmöglichkeiten nach misglücktem ersten Erbfall: Vereinbarungen zwischen Betreuer und Längerlebendem?	74
F. Kleine und große Nachlässe	76
I. Kleine Nachlässe	76
II. Große Nachlässe	76
G. Die Gestaltungselemente eines Behindertentestamentes.	81
I. Die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft.	81
1. Allgemeines	81
2. Abgrenzung zum Nießbrauchsrecht	82
3. Befreite oder nicht befreite Vorerbschaft?	83
4. Die Quote des nicht befreiten Vorerben.	86
5. Der Nacherbe	87
a) Einsetzung des Heims?	87
b) Die Person des Nacherben.	90
6. Die Folgen des Erbfalls	90

7. Der Schutz des Nacherben bei nicht befreiter Vorerbschaft	93
8. Zusammenfassung und Formulierungsbeispiel.	95
II. Die Testamentsvollstreckung	96
1. Allgemeines.	96
2. Die Art der Testamentsvollstreckung.	98
3. Die Verwaltungsanordnungen gem. § 2216 BGB	99
a) Allgemeines	99
b) Außerkraftsetzen der Anordnungen	100
4. Behindertentestament und fehlende Verwaltungsanweisungen an den Testamentsvollstrecker.	103
5. Die Person des Testamentsvollstreckers	105
a) Rechtsanwälte und Notare als Testamentsvollstrecker	105
aa) Rechtsanwälte	105
bb) Notare	106
b) Andere Personen als Testamentsvollstrecker	107
c) Personenidentität von Testamentsvollstrecker und gesetzlichem Vertreter des Erben.	109
6. Befugnisse des Testamentsvollstreckers	109
a) Testamentsvollstreckung und Surrogationserwerb	110
b) Testamentsvollstreckung und Verteilung der Erträge.	111
c) Der Zugriff auf die Substanz.	112
d) Testamentsvollstreckung und Erbauseinandersetzung.	113
7. Die Vergütung des Testamentsvollstreckers	115
III. Besondere Gefahrenquelle: Lebzeitige Schenkungen.	119
1. Allgemeines.	119
2. Zusätzlich anzuordnen: Bedingtes Vorausvermächtnis	120
a) Warum Vorausvermächtnis?	120
b) Vorausvermächtnis als Vorvermächtnis.	120
c) Dauertestamentsvollstreckung.	120
d) Aufschiebende Bedingung	120
e) Höhe des Vermächtnisses.	121
f) Verschaffungsvermächtnis?	121
IV. Die sogenannte Trennungslösung	123
V. Die Vermächtnislösung.	125
1. Vorteile der Vermächtnislösung	126
2. Nachteile der Vermächtnislösung	127
3. Die Testamentsvollstreckung bei der Vermächtnislösung.	130
VI. Die sogenannte umgekehrte Vermächtnislösung.	133
1. Vorteile der umgekehrten Vermächtnislösung	133
2. Nachteile der umgekehrten Vermächtnislösung	133

VII. Einfache Vermächtnislösung.	134
VIII. Die Kombinationslösung	135
§ 3 Das Bedürftigentestament	137
A. Allgemeines.	137
I. Der Zugriff des Sozialhilfeträgers	138
II. Der Wille des Erblassers	139
B. Die Entscheidung des Sozialgerichts Dortmund.	140
I. Die Problematik.	142
II. Überlegungen zur Sittenwidrigkeit.	142
III. Ein erstes Urteil des Bundessozialgerichts	145
C. Unterschiede zwischen Behinderten- und Bedürftigentestament	146
I. Einfluss des Vorerben auf die Auswahl des Testamentsvollstreckers	146
II. Zeitliche Begrenzung der Belastung durch Vorerbschaft und Testamentsvollstreckung	147
III. Musterformulierungen.	148
1. Muster: Eröffnung der Anfechtungsmöglichkeiten.	148
2. Muster: Auflösend bedingte Vor- und Nacherbfolge	149
3. Muster: Ausschluss der Anfechtung wegen Übergehen eines Pflichtteilsberechtigten	150
4. Grundsätzliche Gestaltung	150
5. Muster: Auseinandersetzungsverbot	151
IV. Der Einbau auflösender Bedingungen	151
§ 4 Das Überschuldetentestament	153
A. Allgemeines.	153
B. Grundsätzliche Reaktionsmöglichkeiten des Erblassers	153
I. Die vollständige Enterbung.	153
II. Die Erbeinsetzung mit dem sogenannten gestuften Ausschlagungsrecht	154
III. Vermächtnisanordnungen.	156
IV. Zuwendung nicht pfändbarer Vermögensgegenstände	156
V. Die Pflichtteilsbeschränkungen in guter Absicht (§ 2338 BGB)	156
VI. Das klassische Überschuldetentestament	158
§ 5 Das Geschiedenentestament/Stationen am Ende einer Ehe	161
A. Getrenntleben der Ehegatten	161
B. Das Scheidungsverfahren (§ 1933 BGB)	163
C. Nach der Scheidung.	165
I. Gemeinschaftliches Testament	165
II. Erbvertrag.	168

D. Inhalt des Geschiedenentestamentes	168
I. Das Vor- und Nacherbenmodell	169
1. Der Vorerbe	169
2. Befreiung des Vorerben?	171
3. Der Nacherbe	171
4. Muster: Auflösende Bedingung Nacherbfolge	173
5. § 2109 BGB	173
6. Vererblichkeit des Anwartschaftsrechts?	174
7. Ausschlagungsmöglichkeit	174
II. Das Vermächtnismodell	176
1. Kein Sondervermögen	176
2. Auflösende Bedingung	176
3. Vermächtnis auf den Überrest	176
4. Die Person des Vermächtnisnehmers	177
5. Vor- und Nachvermächtnis?	178
6. Die Gefahr lebzeitiger Verfügungen	178
III. § 1638 BGB	178
1. Allgemeines	178
2. Fragen zur elterlichen Sorge	179
3. Sonderfall Lebensversicherung	181
IV. Rechtsfolgen des Entzugs	182
V. Die Person des Ergänzungspflegers	182
VI. Der Erwerb unter Lebenden	184
VII. Die Testamentsvollstreckung	184
1. Allgemeines	184
2. Dauertestamentsvollstreckung neben § 1638 Abs. 1 BGB	185
3. Gesamtmuster	186
a) Formulierungsvorschlag (Geschiedenentestament (Vor-/Nacherbeneinsetzung))	186
b) Formulierungsvorschlag (Geschiedenentestament (Vermächtnislösung))	188
c) Formulierungsvorschlag (Geschiedenentestament (Kombinationslösung))	188
§ 6 Patchworkgestaltungen	191
A. Die Ausgangslage	191
B. Die unterschiedlichen Gestaltungsziele	192
I. Die kinderlose Zweitehe	192
II. Gestaltungsziel: Gleichbehandlung aller Kinder	193

III. Problem: Fehlende Mitwirkung aller vorhandenen Abkömmlinge	195
1. Das bedingte Quotenvermächtnis.	195
2. Einfache Pflichtteilsstrafklauseln & Jastrow'sche Klausel.	199
IV. Gestaltungsziel: Ausschluss des Stiefkinds	199
1. Allgemeines	199
2. Der Königsweg: Pflichtteilsverzicht	200
3. Die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft	200
4. Aufschiebend bedingtes Herausgabevermächtnis	200
V. Gestaltungsziel: Ausschluss des geschiedenen Ehepartners	202
C. Anhang: Übersicht Vor- und Nacherbschaft	204
Stichwortverzeichnis.	207
Benutzerhinweise für den Download	211

Musterverzeichnis

§ 1 Die Beteiligung Behinderter bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen	25
Muster 1.1: Allgemeiner Hinweis bei schwer erkranktem Beteiligten	36
Muster 1.2: Hinweis bei im Bett liegendem Beteiligten	36
Muster 1.3: Errichtung eines öffentlichen Testaments durch Schreibunfähigen mit Zeugen	54
Muster 1.4: Öffentliches Testament durch einen Sehbehinderten, der seinen Namen schreiben kann	55
Muster 1.5: Errichtung eines öffentlichen Testaments durch einen Hörbehinderten	55
Muster 1.6: Errichtung eines öffentlichen Testaments durch einen Stummen. . .	55
Muster 1.7: Errichtung eines öffentlichen Testaments durch einen Hör- und Sprechbehinderten	56
Muster 1.8: Errichtung eines öffentlichen Testaments durch einen Beteiligten, der taub und blind ist	56
§ 2 Das Behindertentestament	59
Muster 2.1: Formulierungsvorschlag (Erbeinsetzung)	95
Muster 2.2: Formulierungsvorschlag (Testamentsvollstreckung)	116
Muster 2.3: Formulierungsvorschlag (bedingtes Vorausvermächtnis)	122
Muster 2.4: Formulierungsvorschlag (Vermächtnislösung)	130
§ 3 Das Bedürftigentestament	137
Muster 3.1: Konstruktives Abberufungsverlangen	147
Muster 3.2: Eröffnung der Anfechtungsmöglichkeit	148
Muster 3.3: Auflösend bedingte Vor- und Nacherbfolge	149
Muster 3.4: Ausschluss der Anfechtung wegen Übergehen eines Pflichtteilsberechtigten	150
Muster 3.5: Auseinandersetzungsverbot	151

§ 4 Das Überschuldetentestament	153
Muster 4.1: Nacherbschaft für den Fall der Ausschlagung	155
Muster 4.2: Vorerbschaft für den Fall der Ausschlagung	155
Muster 4.3: Formulierungsbeispiel zu § 2338 BGB	157
§ 5 Das Geschiedenentestament/Stationen am Ende einer Ehe	161
Muster 5.1: Auflösende Bedingung der Nacherbfolge	173
Muster 5.2: Formulierungsvorschlag Vermächtnis auf den Überrest	177
Muster 5.3: Formulierungsvorschlag Vor- und Nachvermächtnis	178
Muster 5.4: Gesamtmuster des Geschiedenentestamentes, Variante Vor- und Nacherbeneinsetzung	186
Muster 5.5: Die Vermächtnislösung	188
Muster 5.6: Die Kombinationslösung	188
§ 6 Patchworkgestaltungen	191
Muster 6.1: Patchworkfamilie (hier: Bedingtes Quotenvermächtnis)	197
Muster 6.2: Formulierungsvorschlag Herausgabevermächtnis auf den Überrest ..	202

Literaturverzeichnis

Kommentare, Hand- und Lehrbücher

Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG und DONot, 8. Auflage 2020

Beck'scher Online-Kommentar BGB, 60. Auflage 2021

Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 4. Auflage 2019

Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Auflage 2020

Braun, Nachlassplanung bei Problemkindern, 3. Auflage 2022

Enzensberger, Testamente für Geschiedene und Patchworklehen, 4. Auflage 2017

Feuerich/Weyland, BRAO, 10. Auflage 2020

Ganter/Hertel/Wöstmann, Notarhaftung, 4. Auflage 2018

Kappler/Kappler, Handbuch der Patchworkfamilie, 2. Auflage 2018

Langenfeld, Testamentsgestaltung, 5. Auflage 2015

Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis,
5. Auflage 2017

Münchener-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 10, 9. Auflage 2021

Münchener Vertragshandbuch Band 6 (Bürgerliches Recht II), 8. Auflage 2020

Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Auflage 2020

Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 7. Auflage 2020

Ruby/Schindler/Wirich, Das Behindertentestament, 2. Auflage 2014

Scherer, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Auflage 2018

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Buch 5: Erbrecht
Neubearbeitung 2017

von Dickhuth-Harrach, Handbuch der Erbfolgegestaltung, 2010

Winkler, BeurkG, 19. Auflage 2019

Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 5. Auflage 2019

Aufsätze

Cording, Beweismittel zur Klärung der Testierfähigkeit, ZEV 2010, 23

Döring-Strienig, Der Sozialhilfeempfänger als Erbe, ZErB 2004, 105

Juchem, Vermögensübertragung zugunsten behinderter Menschen durch vorweggenommene Erbfolge und Verfügungen von Todes wegen, 2001

Wirich, Betreuungsrechtliche Probleme des Behindertentestamentes, ZErB 2013, 249–252

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
abw.	abweichend
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AfA	Absetzung bzw. Abschreibung für Abnutzung
AG	Aktiengesellschaft; Amtsgericht; Arbeitgeber; Auftraggeber; Ausführungsgesetz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
a.M.	anderer Meinung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
ausdr.	ausdrücklich
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
bestr.	bestritten
BGH	Bundesgerichtshof
Bl	Blatt
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

Abkürzungsverzeichnis

bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DAV	Deutscher Anwaltverein
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DNotI	Deutsches Notarinstitut
Drucks	Drucksache
ebd.	ebenda
Einf.	Einführung
einschl.	einschließlich
entspr.	entsprechend
Entw.	Entwurf
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EUR	Euro
e.V.	eingetragener Verein
evtl.	eventuell
f., ff.	folgende, fortfolgende
Fa.	Firma
FA	Finanzamt
FamG	Familiengericht
Fn	Fußnote
FS	Festschrift

G	Gericht, Gesetz, Gesellschaft
GBI	Gesetzblatt
GbR	Gesellschaft des bürgerlichen Rechts
geänd.	geändert
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
grds.	grundsätzlich
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
Hinw.	Hinweis(e)
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
i.A.	im Auftrag
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.H.v.	in Höhe von
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
insg.	insgesamt
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.Ü.	im Übrigen
i.V.	in Vertretung
i.V.m.	in Verbindung mit
i.W.	in Worten
i.w.S.	im weiteren Sinne

Jg.	Jahrgang
Kap.	Kapitel
krit.	kritisch
KV	Kostenverzeichnis
lfd.	laufend
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LS	Leitsatz
MdE	Minderung der Erwerbsfähigkeit
m.E.	meines Erachtens
mind.	mindestens
Mio.	Million
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MwSt	Mehrwertsteuer
ne.	nichtehelich
n.F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
n.r.	nicht rechtskräftig
n.v.	nicht veröffentlicht
o.a.	oben angegeben/angeführt
o.Ä.	oder Ähnliches
o.g.	oben genannt
OLG	Oberlandesgericht

p.a.	pro anno
PKH	Prozesskostenhilfe
PKV	Prozesskostenvorschuss
RA	Rechtsanwalt
Rdn	Randnummer, intern
RegEntw	Regierungsentwurf
Rn	Randnummer, auf externe Werke bezogen
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz; Seite
s.	siehe
s.a.	siehe auch
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte/r/s
str.	streitig
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
s.u.	siehe unten
u.a.	unter anderem
urspr.	ursprünglich
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
u.V.m.	und Vieles mehr
Verf.	Verfassung; Verfasser
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
Veröff.	Veröffentlichung
Verz.	Verzeichnis
Vfg.	Verfügung

vgl.	vergleiche
VGrS	Vereinigter Großer Senat
VO	Verordnung
VOBl	Verordnungsblatt
Vor	Vorbemerkung
vorl.	vorläufig
VormG	Vormundschaftsgericht
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
zzgl.	zuzüglich

§ 1 Die Beteiligung Behinderter bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen

A. Vorbemerkung

Im Rahmen der Gestaltung und Beurkundung letztwilliger Verfügungen hat es der Notar häufig mit Personen zu tun, die über körperliche und/oder psychische Beeinträchtigungen verfügen. Für den Praktiker ist es wichtig, einschätzen zu können, welche Feststellungen er treffen muss, bevor er eine Beurkundung veranlasst. 1

- Wie muss er anschließend mit den getroffenen Feststellungen umgehen, erscheinen diese Feststellungen in der Urkunde, wenn ja, wo?
- Wann kann er eine Beurkundung ablehnen?
- In welchen Fällen muss er beurkunden und wann muss er ablehnen?
- Welche Möglichkeiten hat der Notar in der Praxis, die notwendige Testier-/Geschäftsfähigkeit einigermaßen zuverlässig festzustellen?
- Welche Feststellungen dazu finden sich in der Urkunde?

B. Die Amtspflichten des Notars

I. Die Bedeutung des § 11 BeurkG

Fehlt einem Beteiligten nach Überzeugung des Notars die erforderliche Geschäftsfähigkeit, so soll die Beurkundung abgelehnt werden. Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten soll der Notar in der Niederschrift feststellen (§ 11 Abs. 1 BeurkG). 2

Der Wortlaut der Vorschrift belegt, dass es sich lediglich um eine Sollvorschrift handelt. Das hat Folgen für die Frage der Behandlung notarieller Urkunden, in denen diese Feststellungen fehlen. 3

Wenn ein Notar die notwendigen Feststellungen in der Urkunde nicht trifft, kann das allenfalls haftungsrechtliche Folgen haben, berührt aber die Wirksamkeit der Beurkundung nicht.¹ Allerdings handelt es sich bei den in § 11 BeurkG beschriebenen Pflichten um Amtspflichten des Notars.

Es stellt sich als eine wichtige Aufgabe des Notars dar, eine wirksame Beurkundung zu veranlassen und im Nachhinein den Beteiligten auch hinreichende Möglichkeiten zu geben, die Wirksamkeit nachweisen zu können. Tun sich für den Notar mithin vor der Beurkundung bereits entsprechende Zweifel auf, sollte er weitergehende Feststellungen in der 4

¹ BeckOK-BeurkG/Litzenburger, § 11 Rn 12.

Urkunde treffen. Er steigert damit den Beweiswert seiner Urkunde, wengleich nicht verkannt werden darf, dass sowohl dem Urkundsinhalt als auch den notariellen Feststellungen lediglich Indizwirkung zukommt. Der Notar ist nun mal kein Sachverständiger, der mit der notwendigen Fachkenntnis die medizinischen Feststellungen treffen könnte. Allerdings sollte Ersterer sich auch nicht auf formelhafte Wendungen beschränken, wenn sich ihm die Notwendigkeit weitergehender Feststellungen aufdrängt.

- 5 Überdies wird in der Literatur die Frage, welche Bedeutung die sogenannten Sollvorschriften im Zusammenhang mit den Amtshandlungen eines Notars überhaupt haben, kontrovers diskutiert. Zum Teil wird vertreten, dass auch die Sollvorschriften den Notar binden.

Überwiegend wird jedoch die Auffassung vertreten, dass eine solche Bindung an Sollvorschriften nur diejenigen Vorschriften umfassen kann, die sich unmittelbar mit dem Verfahren zur Herstellung einer Urkunde befassen.² Ansonsten hängt die Wirksamkeit der Beurkundung von der Beachtung der Sollvorschriften nicht ab, denn das Beurkundungsgesetz stellt eine reine Verfahrensordnung dar.³

- 6 Wenn der Notar also seiner Verpflichtung zur Prüfung der Geschäftsfähigkeit nicht nachkommt, ist die aufgenommene Urkunde gleichwohl wirksam. Die Feststellungen des Notars binden die Gerichte nicht.⁴ Allerdings kann der Notar im Falle einer pflichtwidrig unterlassenen Feststellung der Geschäftsfähigkeit für die entstehenden Prozess- und Vollstreckungskosten nach § 19 BNotO in die Haftung geraten.⁵

II. Inhaltliche Fragen

1. Abgrenzung zur Unterschriftsbeglaubigung

- 7 Im Gegensatz zu einer Unterschriftsbeglaubigung, bei der der Notar gemäß § 40 Abs. 2 BeurkG nur zu prüfen hat, ob Gründe zur Versagung der Amtstätigkeit bestehen, hat er bei Beurkundungen gemäß § 11 BeurkG die Verpflichtung, die Geschäftsfähigkeit des Beteiligten genau zu prüfen. Bei fehlender Geschäftsfähigkeit muss er die Beurkundung ablehnen. Bei Beglaubigungen würde man einen Grund zur Versagung der Amtstätigkeit nur dann bejahen können, wenn der Notar von der mangelnden Geschäftsfähigkeit überzeugt ist (§ 4 BeurkG).⁶ Daraus kann man ableiten, dass den Notar im Rahmen von Unterschriftsbeglaubigungen keine Verpflichtung zur Überprüfung der Geschäftsfähigkeit trifft.

² *Kanzleiter*, DNotZ 1993, 434 ff.

³ *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG § 11 Rn 2.

⁴ OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 6209 (Erbscheinsverfahren); BayObLG MittBayNot 1975, 18 (Grundbuchverfahren).

⁵ OLG Oldenburg DNotZ 1974, 19; Beck-OK BGB/*Litzenburger*, BeurkG § 11 Rn 12.

⁶ *Baumann*, MittRhNotK 1998, 1 ff.

Allerdings dürfte für die Praxis empfehlenswert sein, auch vor einer Unterschriftsbeglaubigung die Geschäftsfähigkeit des Beteiligten festzustellen und die Beglaubigung abzulehnen, wenn die fehlende Geschäftsfähigkeit nach Überzeugung des Notars vorliegt. Ansonsten ist es wohl ratsam, die Zweifel an der Geschäftsfähigkeit im Beglaubigungsvermerk deutlich zu machen.

8

Insgesamt wird man jedoch einer beurkundeten Erklärung im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit des Erklärenden einen höheren Beweiswert zusprechen dürfen.⁷

2. Die „erforderliche“ Geschäftsfähigkeit

Der Wortlaut des § 11 BeurkG weist darauf hin, dass es auch nach dem Beurkundungsrecht unterschiedliche Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit gibt, da dort die Rede von der „erforderlichen“ Geschäftsfähigkeit ist. Durch diese Formulierung wird bereits auf Besonderheiten bei der Testierfähigkeit hingewiesen.

9

3. Kostenanspruch des Notars bei Geschäftsunfähigkeit?

Mit der Sonderproblematik, ob einem Notar ein Kostenanspruch zusteht, wenn er das Testament eines Geschäftsunfähigen beurkundet hat, hat sich das OLG München beschäftigt.⁸ Allerdings betrifft der entschiedene Sachverhalt eine besondere Konstellation:

10

Der Notar hätte vor der Beurkundung Zweifel haben müssen, er hatte sich mit einem wenig aussagekräftigen Attest eines Allgemeinarztes zufriedengegeben, aus dem sich die Geschäftsfähigkeit ergab. Deswegen hatte das Beschwerdegericht angenommen, dass der Notar auf einer psychiatrischen Begutachtung hätte bestehen müssen.

Das OLG München vertrat demgegenüber die Auffassung, es liege nur dann eine die Kostenerhebung ausschließende unrichtige Sachbehandlung vor, wenn der Notar entgegen seiner Überzeugung hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit eine Beurkundung vornehme, da ja dann auch das beurkundete Testament unwirksam sei. Wenn jedoch die Geschäftsunfähigkeit nicht zweifelsfrei feststehe, liege in der gleichwohl vorgenommenen Beurkundung keine unrichtige Sachbehandlung. Unter Hinweis auf § 11 Abs. 1 BeurkG, wonach der Notar die Beurkundung ja nur dann ablehnen soll, wenn er von der Geschäftsunfähigkeit überzeugt ist, wird man annehmen dürfen, dass das nur dann der Fall ist, wenn an der Geschäftsunfähigkeit kein vernünftiger Zweifel besteht.⁹

11

Im Regelfall darf ein Notar von der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten ausgehen. Angesichts der Vorlage eines, zwar nicht besonders aussagekräftigen, aber ärztlichen Attestes

12

⁷ So zu Vorsorgevollmachten *Müller/Renner*, Rn 579.

⁸ OLG München ZEV 2012, 109.

⁹ Armbrüster/Preuß/Renner/*Piegsa*, BeurkG § 11 Rn 18.

sei der Notar nicht gehalten gewesen, die Beurkundung vom Ergebnis weiterer Überprüfungen der Geschäftsfähigkeit abhängig zu machen.

Im Übrigen darf darauf hingewiesen werden, dass in der Rechtsprechung anerkannt ist, dass auch der unerkannt geschäftsunfähige Auftraggeber die Kosten der Beurkundungstätigkeit zu tragen hat.

4. Pflicht des Notars zu weiteren Nachforschungen im Zusammenhang mit der Geschäftsfähigkeit?

- 13** Das OLG Celle¹⁰ hat ausgeführt, der Notar sei zu weiteren Nachforschungen im Zusammenhang mit der Geschäftsfähigkeit verpflichtet, wenn er aufgrund des Verhaltens des Beteiligten oder wegen sonstiger Umstände Zweifel an dessen Geschäftsfähigkeit haben müsse. Insbesondere bei einer schweren Erkrankung, wozu nicht nur körperliche, sondern auch psychische Erkrankungen zählten, gelte dies im besonderen Umfang.
- 14** Im entschiedenen Fall hatte ein Notar im Urkundseingang seiner Überzeugung Ausdruck verliehen, dass die Beteiligte zweifelsfrei geschäftsfähig sei, obwohl sich ihm hinreichende Anhaltspunkte hätten aufdrängen müssen, dass Zweifel an der Geschäftsfähigkeit gerechtfertigt gewesen wären. Entsprechendes wurde auch im Rahmen eines Zivilverfahrens festgestellt. Der Notar hatte im Rahmen des gegen ihn gerichteten Disziplinarverfahrens angegeben, für ihn hätten sich bei der Beurkundung keine Anhaltspunkte für eine Geschäfts- oder Testierunfähigkeit ergeben. Er habe sich bei der Beteiligten nach Personenstand, Kindern, Beruf, Urlaub und einigen Belanglosigkeiten erkundigt, darauf habe er plausible Antworten erhalten. Eine Verpflichtung, ohne konkrete weitere Anhaltspunkte ergänzende Überprüfungen vorzunehmen, sehe er nicht. Gleichwohl meinte das OLG, dass der Notar in zwei Fällen fahrlässig gegen seine Amtspflichten gemäß § 11 BeurkG verstoßen habe, und verhängte gegen ihn eine Geldbuße. Es sei zwar richtig, dass ein Notar bei der Beurkundung von Erklärungen eines Volljährigen im Grundsatz davon ausgehen dürfe, dass der Beteiligte geschäftsfähig sei. Er sei jedoch zu weiteren Nachforschungen verpflichtet, wenn er aufgrund des Verhaltens des Beteiligten oder wegen sonstiger Umstände Zweifel an der Geschäftsfähigkeit haben müsse. Die Testier- und Geschäftsunfähigkeit sei für den fraglichen Zeitraum von Ärzten, Betreuern, Richtern und Sachbearbeitern von Behörden festgestellt worden. Dementsprechend sei es auch für den Notar als medizinischem Laien bei hinreichend sorgfältiger Prüfung möglich gewesen, die Testier- und Geschäftsunfähigkeit festzustellen. Es liege außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit, dass nur den genannten Personen, nicht aber dem Notar die erheblichen demenzbedingten Einschränkungen der Beteiligten aufgefallen seien.

10 OLG Celle MittBayNot 2008, 492.

Im Verfahren wurde deutlich, dass die Urkundsbeteiligte tatsächlich vollkommen verwirrt gewesen sein muss und nicht mehr in der Lage war, nachvollziehbare Angaben zur Person, Zeit und Ort zu machen. 15

Die Entscheidung des OLG Celle kann nur als Warnung dienen. Notare sollten keine Gefälligkeitsbeurkundungen vornehmen, die einer anschließenden Überprüfung nicht standhalten. Bei einem sich bietenden Krankheitsbild, insbesondere bei einer psychischen Erkrankung, und speziell bei Demenzerkrankungen, ist davon auszugehen, dass während dieses Zeitraums beurkundete Erklärungen einer späteren – richterlichen – Kontrolle unterworfen werden. Hier ist der Notar also zur Zurückhaltung aufgerufen und sollte eine Beurkundung nur dann veranlassen, wenn ihm die Testier- bzw. Geschäftsfähigkeit durch ein psychiatrisches Gutachten nachgewiesen wird.

Andererseits gilt allerdings auch, dass der Notar die Beurkundung nur ablehnen darf, wenn er von der Geschäftsunfähigkeit überzeugt ist. **Wenn der Notar aufgrund eines längeren Vorgesprächs mit einem Beteiligten keine Zweifel an dessen Geschäftsfähigkeit hat, kann und darf er auch keine Zweifel beurkunden.** Ablehnen darf er die Beurkundung nur, wenn für ihn die Geschäftsunfähigkeit zweifelfrei feststeht. Lehnt er etwa ohne Grund eine Beurkundung ab, weil nach seiner Auffassung Geschäftsunfähigkeit vorliegt, kann er sich sogar regresspflichtig machen. Es ist daher unbillig, den Notar, der in diesem Haftungsgefüge agieren muss, für eine vertretbare Entscheidung zu belangen.¹¹ 16

Nur bei Vorliegen von konkreten Anhaltspunkten, die Anlass zu Zweifeln an der Testierfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung geben, ist die Hinzuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen erforderlich. Allein der Umstand, dass der Erblasser sich im fortgeschrittenen Stadium einer Krebserkrankung befunden hat, stellt keinen solchen Anhaltspunkt dar.¹² In dieser Entscheidung, die zu einem Erbscheinerteilungsverfahren erging, wurde sogar die Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens zur Testierfähigkeit als nicht veranlasst bezeichnet, obwohl sich der Testator bereits im fortgeschrittenen Krankheitsstadium befand. Es wurde hier Wert auf die Stellungnahme des Notars gelegt, der dem Erblasser die uneingeschränkte Fähigkeit zur Willensbildung bestätigte. Daraus wird noch einmal deutlich, dass die Wahrnehmungen des Notars, die er zur Frage der Geschäftsfähigkeit protokolliert, nicht unerhebliche Bedeutungen haben. 17

¹¹ OLG München, 1 U 3063/05 – juris.

¹² OLG Bamberg ZErB 2012, 2012.

C. Die erforderliche Geschäftsfähigkeit

I. Allgemeines

- 18 Geschäfts- und Testierfähigkeit setzen voraus, dass der Testierende die Fähigkeit besitzt, die Tragweite seiner Erklärungen zu verstehen und nach dieser Einsicht in freier Willensbestimmung zu handeln.¹³
- 19 Da § 11 BeurkG nicht schlicht auf die volle, sondern auf die für das jeweilige Beurkundungsgeschäft erforderliche Geschäftsfähigkeit abstellt, ist zu prüfen, welcher Grad der Geschäftsfähigkeit für das jeweilige Rechtsgeschäft notwendig ist. Diese Prüfung richtet sich ausschließlich nach materiellem Recht.
- 20 Die Testierfähigkeit beginnt bereits mit Vollendung des 16. Lebensjahres (§ 2249 Abs. 1 BGB). Für gewöhnlich allerdings kann nur der voll Geschäftsfähige rechtswirksame Willenserklärungen abgeben. Auch im materiellen Recht gibt es keine abgestufte Geschäftsfähigkeit.¹⁴

Beweisrechtlich gilt, dass der Verfügende so lange als geschäftsfähig anzusehen ist, wie nicht die Geschäftsunfähigkeit nachgewiesen ist.

- 21 Diese Frage wird gerade im Erbrecht sehr häufig diskutiert. So wollen es in aller Regel diejenigen, die von einer letztwilligen Verfügung des Erblassers negativ betroffen sind, oft nicht wahrhaben, dass der Erblasser im Zeitpunkt der Verfügung noch testierfähig war. Es ist eine der am häufigsten vorgetragenen Einwendungen gegen letztwillige privatschriftliche Verfügungen, dass der Testierende nicht mehr wusste, was er tat. Im Rahmen dieser, im Testamentsrecht oft notwendigerweise zu führenden, Diskussionen tut man als Beteiligter gut daran, sofort darauf hinzuweisen, dass im Rahmen eines Prozesses derjenige, der sich auf die Geschäftsunfähigkeit beruft, mit den nach der ZPO zur Verfügung stehenden Mitteln beweisen muss, dass der Erblasser nicht mehr testierfähig war. Die Erfahrung zeigt, dass derartige für ein Zivilverfahren ausreichende Feststellungen nur selten getroffen werden können. So gelingt es zwar häufig, Ärzte und Psychiater zu der Feststellung zu bringen, der Betroffene sei mit hoher Wahrscheinlichkeit testierunfähig gewesen. Die notwendige Sicherheit, dass der Erblasser zu einem bestimmten Zeitpunkt tatsächlich geschäftsunfähig war, wird allerdings nur selten erreicht.

II. Feststellungen des Notars

- 22 Da der Notar qua Amtspflicht gehalten ist, Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten in der Niederschrift festzuhalten, ist er mithin gezwungen, zumin-

¹³ Zimmermann, BWNotZ 2000, 97.

¹⁴ OLG München DNotZ 2008, 296.