

NOTARFORMULARE

HERAUSGEGEBEN VOM
DEUTSCHEN NOTARVEREIN



Rüdiger Gockel

NotarFormulare Sonderfälle Testamentsgestaltung

Muster - Vereinbarungen -
Erläuterungen

4. Auflage



Deutscher**Notar**Verlag

Rüdiger Gockel

NotarFormulare Sonderfälle Testamentsgestaltung

NOTARFORMULARE

HERAUSGEGEBEN VOM
DEUTSCHEN NOTARVEREIN

NotarFormulare

Sonderfälle

Testamentsgestaltung

Muster – Vereinbarungen – Erläuterungen

4. Auflage 2026

von

Notar a.D., Rechtsanwalt und FA für Erbrecht
Rüdiger Gockel,
Beckum



Deutscher**Notar**Verlag

Vorwort zur 4. Auflage

Für die 4. Auflage wurde aktuelle Literatur und Rechtsprechung eingearbeitet.

Die Formulierungsvorschläge wurden überarbeitet und ergänzt, ebenso zum Zwecke der leichteren Auffindbarkeit die Gliederung. Es finden sich zusätzliche Ausführungen zur Frage der Ergänzungsbetreuung zum Zwecke der Überprüfung von Pflichtteilsansprüchen beim Behindertentestament sowie Erläuterungen zu den Gefahren vorausgehender bindender Erklärungen beim Behindertentestament sowie bei einer Patchworkfamilie.

So ist zu hoffen, dass das Werk in der Praxis eine hilfreiche Unterstützung bei der Wahl, der jeweils zu regelnden Problematik darstellt.

Autor und Verlag sind für ergänzende Hinweise und Wünsche dankbar.

Beckum im Juli 2025

Rüdiger Gockel

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 Testierenden 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 4. Auflage	5
Vorwort zur 3. Auflage	5
Vorwort zur 2. Auflage	5
Vorwort zur 1. Auflage	6
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	27
1. Abgrenzung zur Unterschriftsbeglaubigung	27
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	31
III. Bedeutung der Feststellungen des Notars	33
IV. Zweifel des Notars	34
V. Vermerke des Notars	34
1. Muster: Hinweis bei Schwerkranken	36
2. Muster: Hinweis bei bettlägerigen Beteiligten	36
3. Muster: Hinweis bei verbleibenden Zweifeln des Notars	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	42
I. Die Grundregel des § 22 BeurkG	42
1. Allgemeines	42
2. Einzelheiten	43
3. Zeuge/Zweiter Notar	45

4. Das Hinzuziehen	46
5. Verzicht der Beteiligten und Vermerk	47
II. Besonderheiten für hör- und sprachbehinderte Beteiligte, mit denen eine schriftliche Verständigung nicht möglich ist	49
1. Die Ausgangslage	49
2. Folgen eines Verstoßes	51
3. Beispielsfall aus der Rechtsprechung	52
III. Schreibunfähige Beteiligte	53
IV. Musterformulierungen	55
1. Muster: Testamentserrichtung Schreibunfähiger	55
2. Muster: Testamentserrichtung Sehbehinderter	55
3. Muster: Testamentserrichtung Hörbehinderter	55
4. Muster: Testamentserrichtung Sprachbehinderter/Stummer	56
5. Muster: Testamentserrichtung Hör-/Sprechbehinderter	56
6. Muster: Testamentserrichtung 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 missglücktem ersten Erbfall: Vereinbarungen zwischen Betreuer und Längerlebendem?	74
F. Kleine und große Nachlässe	76
I. Kleine Nachlässe	76
II. Große Nachlässe	76
G. Die Gestaltung durch die sog. Erbschaftslösung	81
I. Die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft	81
1. Allgemeines	81
2. Abgrenzung zum Nießbrauchsrecht	82
3. Befreite oder nicht befreite Vorerbschaft?	84
a) Allgemeines	84
b) Was ist beim Behindertentestament sinnvoll?	85
4. Die Quote des nicht befreiten Vorerben	86

5. Der Nacherbe	88
a) Einsetzung des Heims?	88
b) Die Person des Nacherben	90
6. Die Folgen des Erbfalls	91
a) Entstehen einer Erbengemeinschaft	91
b) Dauertestamentsvollstreckung	91
c) Ergänzungsbetreuung (Prüfung von Pflichtteilsansprüchen)? ...	92
7. Der Schutz des Nacherben bei nicht befreiter Vorerbschaft	93
8. Zusammenfassung	95
II. Die Testamentsvollstreckung	95
1. Allgemeines	95
2. Die Art der Testamentsvollstreckung	97
3. Die Verwaltungsanordnungen gem. § 2216 BGB	98
a) Allgemeines	98
b) Außerkraftsetzen der Anordnungen	99
4. Behindertentestament und fehlende Verwaltungsanweisungen an den Testamentsvollstrecker	102
5. Die Person des Testamentsvollstreckers	103
a) Rechtsanwälte und Notare als Testamentsvollstrecker	103
aa) Rechtsanwälte	103
bb) Notare	105
b) Andere Personen als Testamentsvollstrecker	106
c) Personenidentität von Testamentsvollstrecker und gesetzlichem Vertreter des Erben	108
6. Befugnisse des Testamentsvollstreckers	108
a) Testamentsvollstreckung und Surrogationserwerb	109
b) Testamentsvollstreckung und Verteilung der Erträge	110
c) Der Zugriff auf die Substanz	111
d) Testamentsvollstreckung und Erbauseinandersetzung	112
7. Die Vergütung des Testamentsvollstreckers	114
III. Besondere Gefahrenquelle: Lebzeitige Schenkungen	115
1. Allgemeines	115
2. Zusätzlich anzuordnen: Bedingtes Vorausvermächtnis	116
a) Warum Vorausvermächtnis?	116
b) Vorausvermächtnis als Vorvermächtnis	117
c) Dauertestamentsvollstreckung	117
d) Aufschiebende Bedingung	117
e) Höhe des Vermächtnisses	117
f) Verschaffungsvermächtnis?	118

3. Sonderproblem: Lebensversicherungen	118
IV. Musterformulierung „Erbchaftslösung“	119
H. Die sogenannte Trennungslösung	123
I. Die Vermächtnislösung	125
I. Vorteile der Vermächtnislösung	127
II. Nachteile der Vermächtnislösung	127
III. Die Testamentsvollstreckung bei der Vermächtnislösung	130
J. Die sogenannte umgekehrte Vermächtnislösung	133
I. Vorteile der umgekehrten Vermächtnislösung	134
II. Nachteile der umgekehrten Vermächtnislösung	134
K. Einfache Vermächtnislösung	134
L. Die Differenzierungslösung	136
M. Achtung: Bindungswirkung	137
I. Grenzfälle	137
1. Beispiel 1	137
2. Beispiel 2	140
II. Feststellungen	141
§ 3 Das Bedürftigentestament	143
A. Allgemeines	143
I. Der Zugriff des Sozialhilfeträgers	143
II. Der Wille des Erblassers	145
III. Die Entscheidung des Sozialgerichts Dortmund	146
1. Die Problematik	147
2. Überlegungen zur Sittenwidrigkeit	148
3. Ein erstes Urteil des Bundessozialgerichts	150
B. Unterschiede zwischen Behinderten- und Bedürftigentestament	152
I. Einfluss des Vorerben auf die Auswahl des Testamentsvollstreckers ..	152
II. Zeitliche Begrenzung der Belastung durch Vorerbschaft und Testamentsvollstreckung	153
C. Musterformulierungen	154
I. Muster: Eröffnung der Anfechtungsmöglichkeiten	154
II. Muster: Auflösend bedingte Vor- und Nacherbfolge	155
III. Muster: Ausschluss der Anfechtung wegen Übergehen eines Pflichtteilsberechtigten	156
IV. Grundsätzliche Gestaltung	156
V. Muster: Auseinandersetzungsverbot	157
VI. Der Einbau auflösender Bedingungen	157

§ 4 Das Überschuldetentestament	159
A. Allgemeines	159
B. Grundsätzliche Reaktionsmöglichkeiten des Erblassers	159
I. Die vollständige Enterbung	159
II. Die Erbeinsetzung mit dem sogenannten gestuften Ausschlagungsrecht	160
III. Vermächtnisanordnungen	162
IV. Zuwendung nicht pfändbarer Vermögensgegenstände	162
V. Die Pflichtteilsbeschränkungen in guter Absicht (§ 2338 BGB)	162
VI. Das klassische Überschuldetentestament	164
§ 5 Das Geschiedenentestament/Stationen am Ende einer Ehe	167
A. Getrenntleben der Ehegatten	167
B. Das Scheidungsverfahren (§ 1933 BGB)	169
C. Nach der Scheidung	171
I. Gemeinschaftliches Testament	171
II. Erbvertrag	174
D. Inhalt des Geschiedenentestamentes	174
I. Das Vor- und Nacherbenmodell	174
1. Der Vorerbe	175
2. Befreiung des Vorerben?	176
3. Der Nacherbe	177
4. Muster: Auflösende Bedingung Nacherbfolge	179
5. § 2109 BGB	179
6. Vererblichkeit des Anwartschaftsrechts?	179
7. Ausschlagungsmöglichkeit	180
II. Das Vermächtnismodell	181
1. Kein Sondervermögen	182
2. Auflösende Bedingung	182
3. Vermächtnis auf den Überrest	182
4. Die Person des Vermächtnisnehmers	183
5. Vor- und Nachvermächtnis?	183
6. Die Gefahr lebzeitiger Verfügungen	184
III. § 1638 BGB	184
1. Allgemeines	184
2. Fragen zur elterlichen Sorge	185
3. Sonderfall Lebensversicherung	186
4. Rechtsfolgen des Entzugs	187
5. Die Person des Ergänzungspflegers	188
6. Der Erwerb unter Lebenden	189

IV. Die Testamentsvollstreckung	189
1. Allgemeines	189
2. Dauertestamentsvollstreckung neben § 1638 Abs. 1 BGB	190
V. Kombinationslösung	191
VI. Gesamtmuster	191
1. Formulierungsvorschlag (Geschiedenentestament (Vor-/Nacherbeneinsetzung))	191
2. Formulierungsvorschlag (Geschiedenentestament (Vermächtnislösung))	193
3. Formulierungsvorschlag (Geschiedenentestament (Kombinationslösung))	194
§ 6 Patchworkgestaltungen	197
A. Die Ausgangslage	197
I. Bindung des/der neuen Partner?	197
1. Anfechtung nach § 2079 BGB	197
2. § 2077 BGB bei vorausgegangener Ehescheidung	198
3. Beseitigung bestehender Bindungen durch Zuwendungsverzicht ...	198
II. Ist Längerlebender nur Vorerbe?	199
B. Die unterschiedlichen Gestaltungsziele	199
I. Die kinderlose Zweitehe	199
II. Gestaltungsziel: Gleichbehandlung aller Kinder	201
1. Wenn alle mitwirken	201
2. Fehlende Mitwirkung aller vorhandenen Abkömmlinge	203
a) Das bedingte Quotenvermächtnis	203
b) Einfache Pflichtteilsstrafklauseln & Jastrow'sche Klausel	206
III. Gestaltungsziel: Ausschluss des Stiefkindes	207
1. Allgemeines	207
2. Der Königsweg: Pflichtteilsverzicht	207
3. Die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft	208
4. Aufschiebend bedingtes Herausgabevermächtnis	208
IV. Gestaltungsziel: Ausschluss des geschiedenen Ehepartners	210
C. Anhang: Übersicht Vor- und Nacherbschaft	212
Stichwortverzeichnis	215
Benutzerhinweise für den Download	219

Musterverzeichnis

§ 1 Die Beteiligung Behinderter bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen	25
1.1: Allgemeiner Hinweis bei schwer erkranktem Beteiligten	36
1.2: Hinweis bei im Bett liegendem Beteiligten	36
1.3: Hinweis bei verbleibenden Zweifeln des Notars	36
1.4: Errichtung eines öffentlichen Testamentes durch Schreibunfähigen mit Zeugen	55
1.5: Öffentliches Testament durch einen Sehbehinderten, der seinen Namen schreiben kann.	55
1.6: Errichtung eines öffentlichen Testamentes durch einen Hörbehinderten.	55
1.7: Errichtung eines öffentlichen Testamentes durch einen Stummen.	56
1.8: Errichtung eines öffentlichen Testamentes durch einen Hör- und Sprechbehinderten	56
1.9: Errichtung eines öffentlichen Testamentes durch einen Beteiligten, der taub und blind ist.	56
§ 2 Das Behindertentestament	59
2.1: Formulierungsvorschlag „Erbchaftslösung“	119
2.2: Formulierungsvorschlag (Vermächtnislösung)	131
§ 3 Das Bedürftigentestament.	143
3.1: Konstruktives Abberufungsverlangen.	153
3.2: Eröffnung der Anfechtungsmöglichkeit	154
3.3: Auflösend bedingte Vor- und Nacherbfolge.	155
3.4: Ausschluss der Anfechtung wegen Übergehen eines Pflichtteilsberechtigten.	156
3.5: Auseinandersetzungsverbot	157
§ 4 Das Überschuldetentestament.	159
4.1: Nacherbschaft für den Fall der Ausschlagung	161
4.2: Vorerbschaft für den Fall der Ausschlagung	161
4.3: Formulierungsbeispiel zu § 2338 BGB.	163

§ 5 Das Geschiedenentestament/Stationen am Ende einer Ehe	167
5.1: Auflösende Bedingung der Nacherbfolge.	179
5.2: Formulierungsvorschlag Vermächtnis auf den Überrest	182
5.3: Formulierungsvorschlag Vor- und Nachvermächtnis.	184
5.4: Gesamtmuster des Geschiedenentestamentes, Variante Vor- und Nacherbeneinsetzung	191
5.5: Die Vermächtnislösung.	193
5.6: Die Kombinationslösung.	194
§ 6 Patchworkgestaltungen	197
6.1: Patchworkfamilie (hier: Bedingtes Quotenvermächtnis)	205
6.2: Formulierungsvorschlag Herausgabevermächtnis auf den Überrest	209
Benutzerhinweise für den Download	219

Literaturverzeichnis

Kommentare, Hand- und Lehrbücher

- Beck'scher Online Kommentar BeurkG, 74. Edition Stand: 01.05.2025
- Beck'scher Online-Kommentar BGB, 74. Edition Stand: 01.05.2025
- Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 5. Auflage 2023
- Beck'sche Online Formulare Erbrecht, 48. Edition Stand 2025
- Beck'sche Online Formulare Vertrag, 73. Edition Stand 2025
- Bengel/Reimann/Holtz/Röhl*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 8. Auflage 2023
- Braun*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 3. Auflage 2022
- Damrau/Tanck*, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Auflage 2020
- Enzensberger*, Testamente für Geschiedene und Patchworkfamilien, 5. Auflage 2023
- Frenz/Miermeister*, BNotO Kommentar, 6. Auflage 2024
- Ganter/Hertel/Wöstmann*, Notarhaftung, 5. Auflage 2023
- Grüneberg*, BGB Kommentar, 84. Auflage 2025
- Grziwotz/Sauer/Heinemann*, BeurkG Kommentar, 4. Auflage 2024
- Hamann*, Die Gestaltung von Behindertentestamenten, 1. Auflage 2025
- Juchem*, Vermögensübertragung zugunsten behinderter Menschen, 2001
- Kappler/Kappler*, Handbuch der Patchworkfamilie, 2. Auflage 2018
- Kössinger/Najdecki/Zintl*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 7. Auflage 2024
- Langenfeld/Fröhler*, Testamentsgestaltung, 5. Auflage 2015
- Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 5. Auflage 2017
- Münchener-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 10, 9. Auflage 2022
- Münchener Vertragshandbuch Band 6 (Bürgerliches Recht II), 8. Auflage 2020
- Reimann/Bengel/Mayer*, Testament und Erbvertrag, 8. Auflage 2023
- Ruby/Schindler/Wirich*, Das Behindertentestament, 2. Auflage 2014
- Scherer*, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 6. Auflage 2024
- Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Buch 5: Erbrecht Neubearbeitung 2023

von Dickhuth-Harrach, Handbuch der Erbfolgegestaltung, 2010

Weyland, BRAO Kommentar, 11. Auflage 2024

Winkler, BeurkG Kommentar, 21. Auflage 2023

Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 6. Auflage 2023

Aufsätze

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

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

Gockel, Nachlassplanung bei überschuldeten Kindern, notar 2020, 64 ff.

Grziwotz/Zwiesel, Das „Patchworktestament“, ErbR 2018, 62 ff.

Schmoeckel, Die Geschäfts- und Testierfähigkeit von Demenzerkrankten, NJW 2016, 433 ff.

Wirich, Betreuungsrechtliche Probleme des Behindertentestamentes, ZErB 2013, 249 ff.

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

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). 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. 2

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 liegt also ein Dienstvergehen vor, das mit Disziplinarmaßnahmen geahndet werden kann.² 3

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 4

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

² OLG Frankfurt – 2 Not 1/13; Grziwotz/Sauer/Heinemann/Heinemann, BeurkG § 11 Rn 35; a.A. Lerch, § 11 Rn 17.

Beurkundung bereits entsprechende Zweifel auf, sollte er weitergehende Feststellungen in der Urkunde treffen. Er steigert damit den Beweiswert seiner Urkunde, wenngleich 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 er sich auch nicht auf formelhafte Wendungen beschränken, wenn sich ihm die Notwendigkeit weitergehender Feststellungen aufdrängt.

- 5 Der Notar soll die Beurkundung ablehnen, wenn er davon überzeugt ist, dass die notwendige Geschäftsfähigkeit fehlt (§ 11 Abs. 1 S. 1 BeurkG). Er hat also eine eigene Überprüfungscompetenz. Hierbei ist er wie ein Richter in seiner Beweiswürdigung frei.³ Im Ergebnis bedeutet das: Bei Zweifeln besteht eine Vermerk- und Beurkundungspflicht, bei Gewissheit der fehlenden Geschäftsfähigkeit eine Ablehnungspflicht. Angesichts der in der Regel fehlenden Kompetenz des Notars, eindeutige Feststellungen treffen zu können, wird er in der Regel beurkunden und – mehr oder weniger eindeutige – Vermerke aufnehmen. Hat er jedoch keinen Zweifel an der fehlenden Geschäftsfähigkeit, darf er nicht beurkunden.

Die Vorschrift wird bei letztwilligen Verfügungen durch § 28 BeurkG ergänzt. Danach soll der Notar bei der Beurkundung letztwilliger Verfügungen seine Wahrnehmungen über die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Erblassers in der Niederschrift vermerken. Solche Wahrnehmungsvermerke sollen eine Beweisfunktion erfüllen.⁴

- 6 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.⁵ Ansonsten hängt die Wirksamkeit der Beurkundung von der Beachtung der Sollvorschriften nicht ab, denn § 11 BeurkG ist eine reine Ordnungsvorschrift, allerdings kann bei Verstoß ein Dienstvergehen vorliegen.⁶

- 7 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.⁷ Allerdings kann der Notar im Falle einer pflichtwidrig

3 OLG Frankfurt DNotZ 1989, 640.

4 Frenz/Miermeister/Baumann, § 28 BeurkG Rn 1.

5 Kanzleiter, DNotZ 1993, 434 ff.

6 Grziwotz/Sauer/Heinemann/Heinemann, § 11 Rn 35

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

unterlassenen Feststellung der Geschäftsfähigkeit für die entstehenden Prozess- und Vollstreckungskosten nach § 19 BNotO in die Haftung geraten.⁸

II. Inhaltliche Fragen

1. Abgrenzung zur Unterschriftsbeglaubigung

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).⁹ Daraus kann man ableiten, dass den Notar im Rahmen von Unterschriftsbeglaubigungen keine Verpflichtung zur Überprüfung der Geschäftsfähigkeit trifft. 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.

Insgesamt wird man jedoch einer beurkundeten Erklärung im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit des Erklärenden einen höheren Beweiswert zusprechen dürfen.¹⁰

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.

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.¹¹ Allerdings betrifft der entschiedene Sachverhalt eine besondere Konstellation:

⁸ OLG Oldenburg DNotZ 1974, 19; Beck-OK BGB/Litzenburger, BeurkG § 11 Rn 12.

⁹ Baumann, MittRhNotK 1998, 1 ff.

¹⁰ So zu Vorsorgevollmachten Müller/Renner, Rn 579.

¹¹ OLG München ZEV 2012, 109.

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.

- 12** Das OLG München vertrat demgegenüber die Auffassung, es liege nur dann eine die Kostenhebung 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.¹²
- 13** Im Regelfall darf ein Notar von der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten ausgehen. Angesichts der Vorlage eines, zwar nicht besonders aussagekräftigen, aber ärztlichen Attestes 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 unerkant geschäftsunfähige Auftraggeber die Kosten der Beurkundungstätigkeit zu tragen hat.

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

- 14** Das OLG Celle¹³ 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.
- 15** 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 Personen-

¹² Grziwotz/Sauer/Heineman/*Heinemann*, BeurkG § 11 Rn 16.

¹³ OLG Celle MittBayNot 2008, 492.

stand, 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.

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.

16

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.¹⁴

17

Nur bei Vorliegen von konkreten Anhaltspunkten, die Anlass zu Zweifeln an der Testierfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung geben, ist die Hinzuzie-

18

¹⁴ OLG München, 1 U 3063/05 – juris.

hung eines psychiatrischen Sachverständigen erforderlich. Allein der Umstand, dass der Erblasser sich im fortgeschrittenen Stadium einer Krebserkrankung befunden hat, stellt keinen solchen Anhaltspunkt dar.¹⁵ 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.

C. Die erforderliche Geschäftsfähigkeit

I. Allgemeines

- 19 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.¹⁶
- 20 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.
- 21 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.¹⁷

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

- 22 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 derje-

¹⁵ OLG Bamberg ZErb 2012, 2012.

¹⁶ Zimmermann, BWNotZ 2000, 97.

¹⁷ OLG München DNotZ 2008, 296.