

- Stellt der Notar fest, dass der Beteiligte das **16. Lebensjahr vollendet** hat, kann er allgemein von der **Testierfähigkeit** dieses Beteiligten ausgehen, soweit der Beteiligte ein öffentliches Testament unter seiner inhaltlichen Mitwirkung errichtet (→ Rn. 7).
- Stellt der Notar fest, dass der Beteiligte das **7. Lebensjahr vollendet** hat, kann er allgemein von der **Geschäftsfähigkeit** dieses Beteiligten ausgehen, soweit das Rechtsgeschäft für den Beteiligten lediglich rechtlich vorteilhaft oder neutral ist oder soweit der Beteiligte zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes oder zu Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsvertrages ermächtigt wurde (→ Rn. 5).

III. Prüfung der materiellen Voraussetzung

Auf Grundlage der gesetzlichen Vermutung besteht eine **Pflicht zur Überprüfung** des Vorhandenseins der erforderlichen individuellen Geistestätigkeit (materielle Voraussetzung) gem. § 11 Abs. 1 S. 1 **grundsätzlich nicht**. Den Notar trifft eine **Pflicht** zur Überprüfung der materiellen Voraussetzungen der Geschäfts- und Testierfähigkeit aus dieser Norm vielmehr **erst dann**, wenn er aufgrund der **äußeren Umstände** im konkreten Einzelfall – **Verhalten, Alter, Aussehen** – an dem Vorhandensein der erforderlichen individuellen Geistestätigkeit **tatsächlich zweifelt** (OLG Hamm RNotZ 2016, 60 (63); OLG Celle Mitt-BayNot 2008, 492 (493); LG Köln RNotZ 2005, 244 (245); OLG Frankfurt a.M. DNotZ 1978, 505 (506); APR/Piegsa Rn. 13; Grziwotz/Heinemann Rn. 10; Winkler BeurkG Rn. 3; BeckOGK/Bord BeurkG § 11 Rn. 13; Renner notar 2017, 218 (221); Müller DNotZ 2006, 325 (328); Brah, Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar, 2013, S. 51; Piegsa DAI 14. JAT Notariat 2016, 513 (532, 534); vgl. zum gleichen Prüfungsmaßstab des Grundbuchamtes OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2005, 14042). Dann nämlich hat er sich **zu vergewissern**, ob sich diese Zweifel zu einer Überzeugung von der fehlenden Geschäfts- und Testierfähigkeit **verdichten** und er gem. § 11 Abs. 1 S. 1 die Beurkundung **abzulehnen** hat. Dieser Prüfungsinhalt des § 11 Abs. 1 S. 1 gilt auch im Anwendungsbereich des § 28 (Brah, Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar, 2013, S. 44 ff., 49 ff.). Trifft den Notar aufgrund bestehender Zweifel eine Pflicht zur Überprüfung der materiellen Voraussetzungen der Geschäfts- und Testierfähigkeit, stellt sich die Frage in welchem Umfang (→ Rn. 35) und mit welchen Mitteln (→ Rn. 38) er diese Prüfung vorzunehmen hat.

1. Prüfungsumfang

Zweifelt der Notar an dem Vorhandensein der erforderlichen individuellen Geistestätigkeit stellt sich die Frage, **in welchem Umfang** er aus § 11 Abs. 1 S. 1 zu einer Prüfung der materiellen Voraussetzungen der Geschäfts- und Testierfähigkeit **verpflichtet ist**. Es wurde bereits oben dargelegt, dass er hierfür erstens eine Störung der Geistestätigkeit („**nosologische Ebene**“ → Rn. 12) und zweitens einen dadurch begründeten Ausschluss der freien Willensbestimmung („**psychopathologische Ebene**“ → Rn. 15) feststellen müsste. Für die Diagnose einer Störung der Geistestätigkeit sind mindestens **medizinische Kenntnisse**, für die Feststellung eines dadurch verursachten Ausschluss der freien Willensbestimmung darüber hinaus **spezielle psychiatrische Fachkenntnisse** erforderlich – „die zivilrechtliche Fragestellung nach der Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit einer Person [...] zu den **schwierigsten Gutachtenfragen überhaupt** [...]“. Da für die Beurteilung letztlich psychopathologische Kriterien ausschlaggebend sind, ist in der Regel psychiatrische Fachkompetenz gefragt“ (Widder/Gaidzik/Cording, Begutachtung in der Neurologie, 2007, S. 168). **Diese Fachkompetenz hat der Notar nicht**. Dem Notar ist es folglich **nicht möglich**, eine inhaltliche Prüfung des Vorhandenseins der erforderlichen **individuellen Geistestätigkeit** vorzunehmen (vgl. LG Köln RNotZ 2005, 244 (246); Müller DNotZ 2005, 325 (326); Cording/Foerster DNotZ 2006, 329 (330); APR/Piegsa Rn. 15; Piegsa DAI 14. JAT Notariat 2016, 513 (534)). Die ständige Rechtsprechung billigt nicht einmal dem Richter, der nach jahrelanger Tätigkeit in Nachlasssachen möglicherweise gute Kenntnisse der Psychiatrie erworben hat, die alleinige Entscheidung über das Vorliegen der Geschäfts- und Testierfähigkeit zu und verlangt in der Regel stets die Heranziehung eines psychiatrischen Sachverständigen (BayObLG FamRZ 2001, 55; FamRZ 2005, 658; Müller DNotZ 2005, 325 (327); vgl. hierzu auch Schmoeckel NJW 2016, 433 (434, 436)).

- 36 Vor diesem Hintergrund **beschränkt** sich die aus § 11 Abs. 1 S. 1 folgende Pflicht des Notars zur Prüfung der **materiellen Voraussetzungen** der Geschäfts- und Testierfähigkeit auf eine **bloße Zweifelskontrolle**: Der Notar hat lediglich zu überprüfen, ob die bei ihm vorhandenen Zweifel bei einer eingehenderen Beschäftigung mit dem Beteiligten zu einer Überzeugung **verstärkt** oder aber **ausgeräumt** werden. Hierfür kann der an der Geschäfts- oder Testierfähigkeit zweifelnde Notar bspw.:
- den Beteiligten und mit seinem Einverständnis auch seine **Begleitperson** sowie – insbesondere bei einer Beurkundung im Krankenhaus bzw. Pflegeheim – das **Arzt- und Pflegepersonal** nach einer **bestehenden Erkrankung** befragen („nosologische Ebene“ → Rn. 12),
 - das **Verhalten des Beteiligten** mit den oben dargestellten **Symptomen**, die nach psychiatrischer Erkenntnis typischerweise für eine mangelnde Urteilsfähigkeit und daher einen Ausschluss der freien Willensbestimmung sprechen, **vergleichen** („psychopathologische Ebene“ → Rn. 15).
- 37 Mehr als eine derartige **Zweifelskontrolle** kann und muss der Notar zur Prüfung der individuellen Geistestätigkeit des Beteiligten gem. § 11 Abs. 1 S. 1 nicht vornehmen. Hierbei werden sich **psychopathologische Symptome** in der Regel insbesondere in der nicht alltäglichen Situation des Gesprächs mit einem Notar bzw. der notariellen Beurkundung zeigen: „Bei der psychopathologischen Bewertung und Gewichtung der einzelnen Angaben sind im Hinblick auf die **Kritik- und Urteilsfähigkeit** des Erblassers vor allem die Reaktionen und Verhaltensweisen in Situationen bedeutsam, die **jenseits seiner gewohnten Alltagsroutine** lagen und ihm tatsächlich eine eigene Stellungnahme oder Entscheidung abforderten. Es ist eine alte psychiatrische Erfahrung, dass sogar bei ausgeprägter Demenz auf manchen Spezialgebieten, in denen der Betroffene **besonders routiniert** war (zB Kartenspiel, Hobbys, gewisse Alltagshandlungen), noch eine überdurchschnittlich gute Leistungsfähigkeit bestehen kann, während die Funktionsverluste in **ungewohnten Situationen** rasch deutlich werden“ (Cording Psychiatrie 2004, 147 (156); vgl. zum sog. „Fassadenphänomen“ Wetterling ZNotP 2016, 60 ff.).

2. Prüfungsmittel

- 38 Für eine Zweifelskontrolle bleibt dem Notar **nur das Gespräch** mit dem Beteiligten (OLG Hamm RNotZ 2016, 60 (64); APR/Piegsa Rn. 15; Renner notar 2017, 218 (221)). Dieses Gespräch sollte der Notar **allein mit dem betroffenen** Beteiligten, insbesondere ohne Anwesenheit eines gegebenenfalls selbst interessierten Dritten führen (OLG Celle MittBayNot 2008, 492 (494) mAnm Winkler und grundlegend hierzu auch Christandl notar 2017, 339 (345 ff., 438)). In der Regel ausreichend ist es, wenn der Notar den der Beurkundung zugrunde liegenden **Sachverhalt** und dessen **Hintergründe** mit dem Beteiligten **erörtert**. Zielführend kann es gegebenenfalls auch sein, mit dem Beteiligten auch außerhalb des Beurkundungsgegenstandes liegende Themen zu besprechen (OLG Hamm RNotZ 2016, 60 (64)). Hierbei sollte der Notar Fragen stellen, die der Beteiligte **nicht einfach mit „ja“ oder „nein“** beantworten kann (Piegsa DAI 14. JAT Notariat 2016, 513 (533)). Letzteres ist insbesondere bei Gesprächen mit älteren Menschen von Bedeutung, um etwaige kognitive Defizite überhaupt erkennen zu können (zum sogenannten „Fassadenphänomen“ vgl. Wetterling ZNotP 2016, 60 ff.). **Zu weit** geht es hingegen, von dem Notar eine „Erörterung von komplexen Rechtsfragen“ zu verlangen um herauszufinden, ob der Beteiligte den Inhalt des Rechtsgeschäfts zu erfassen vermag (so aber OLG Celle MittBayNot 2008, 492 (494) mit insoweit abl. Anm. Winkler MittBayNot 2008, 496). Darüber hinaus kann sich der Notar mit dem Einverständnis des betroffenen Beteiligten zur Zweifelskontrolle auch **externer Erkenntnisquellen** bedienen. In Betracht kommen bei einer Beurkundung im Pflegeheim oder Krankenhaus insbesondere Äußerungen des behandelnden **Arztes** und des **Pflegepersonals**. Darüber hinaus kann er seine Zweifelskontrolle auch auf ein ggf. eingeholtes **psychiatrisches Privatgutachten** stützen (→ Rn. 65).
- 39 Wer sich darüber hinaus für die Anwendung von **Screeningverfahren** (Mini-Mental-Status-Test, Uhren-Zeichen-Test etc) durch den Notar ausspricht (Stoppe/Lichtenwimmer DNotZ 2005, 806), **überspannt** sowohl die juristischen Anforderungen als auch die Diagnosefähigkeiten des Notars (Winkler MittBayNot 2008, 492 (495); Müller DNotZ 2006, 325

(326 f.); Cording/Foerster DNotZ 2006, 329 ff.; Winkler BeurkG Rn. 14). Nach der psychiatrischen Fachliteratur können derartige **Kurztests** darüber hinaus auch **keinen belastbaren Beleg** für eine Geschäfts- oder Testierfähigkeit liefern, „weil damit wesentliche Symptome wie zB Wahn gar nicht feststellbar sind. Standardisierte Tests zur Erfassung des komplexen Konstrukts Geschäfts- und Testierfähigkeit gibt es nicht“ (Widder/Gaidzik/Cording, Begutachtung in der Neurologie, 2007, S. 172; Cording Psychiatrie 2004, 147 (154); Cording ZEV 2010, 23 (27)).

D. Ablehnungspflicht (Abs. 1 S. 1)

Ist der Notar von der Geschäfts- oder Testierunfähigkeit eines Beteiligten **überzeugt**, 40 soll er gem. § 11 Abs. 1 S. 1 die Beurkundung **ablehnen**. Die Norm begründet eine Amtspflicht des Notars, ein aus seiner Sicht materiell-rechtlich unwirksames Rechtsgeschäft nicht zu beurkunden. § 11 Abs. 1 S. 1 ist demnach eine **Konkretisierung** der aus § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO folgenden allgemeinen Amtspflicht zur Ablehnung einer Beurkundung, mit der erkennbar unerlaubte Zwecke verfolgt werden (APR/Piegsa Rn. 1; Grziwotz/Heinemann Rn. 14; Winkler BeurkG Rn. 9; Winkler MittBayNot 2008, 492 (495); Brah, Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar, 2013, S. 72, 87). Gemäß § 40 Abs. 2 besteht eine Amtspflicht zur Ablehnung der Urkundstätigkeit daher auch bei einer **bloßen Beglaubigung**, wenn der Notar von der Geschäftsunfähigkeit des Beglaubigenden überzeugt ist (Piegsa DAI 14. JAT Notariat 2016, 513 (542)). Darüber hinaus enthält § 11 Abs. 1 S. 1 eine **gesetzliche Ausnahme** von der grundsätzlichen Amtspflicht zur Durchführung des notariellen Hauptverfahrens der Beurkundung gem. § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO („Urkundsgewährungsanspruch“; Brah, Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar, 2013, S. 70 f.).

§ 11 Abs. 1 S. 1 knüpft tatbestandlich an die **subjektive Überzeugung** des Notars von 41 der Geschäfts- und Testierunfähigkeit eines Beteiligten an. Dies setzt eine Prüfung der Geschäfts- oder Testierfähigkeit durch den Notar voraus. Auf Grundlage der oben dargelegten Grundsätze zur Prüfung der Geschäfts- und Testierfähigkeit durch den Notar (→ Rn. 34 ff.) ist eine Ablehnungspflicht gem. § 11 Abs. 1 S. 1 in zwei Fallkonstellationen denkbar:

Hat ein formell Beteiligter das für das konkrete Rechtsgeschäft erforderliche **Lebensalter** 42 **nicht erreicht** (formale Voraussetzung → Rn. 33) **muss** der Notar schon nach dem Gesetz grundsätzlich von der Geschäfts- oder Testierunfähigkeit überzeugt sein und die Beurkundung gem. § 11 Abs. 1 S. 1 **ablehnen**. Hängt die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes gem. §§ 107, 108 BGB von der **Genehmigung** (§ 184 Abs. 1 BGB) des gesetzlichen Vertreters ab, muss der Notar die Beurkundung gem. § 11 Abs. 1 S. 1 hingegen nur dann ablehnen, wenn die Erteilung dieser Genehmigung **gänzlich unwahrscheinlich** ist (APR/Piegsa Rn. 10; Grziwotz/Heinemann Rn. 15; Winkler BeurkG Rn. 11; BeckOGK/Bord BeurkG § 11 Rn. 24).

Haben sämtliche formell Beteiligten das erforderliche **Lebensalter erreicht** (formale 43 Voraussetzung → Rn. 33) und **erschüttern Zweifel** des Notars die **gesetzliche Vermutung** des Vorhandenseins der erforderlichen individuellen Geistestätigkeit (materielle Voraussetzung → Rn. 34), **kann** der Notar aufgrund der dann vorzunehmenden Zweifelskontrolle (→ Rn. 35) von der Geschäfts- oder Testierunfähigkeit eines Beteiligten **überzeugt** sein und hat **in diesem Falle** die Beurkundung gem. § 11 Abs. 1 S. 1 **abzulehnen**. Der Notar sollte hierbei allerdings berücksichtigen, dass nach der obergerichtlichen Rechtsprechung „an die Annahme der Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit und damit die Ablehnung der Beurkundung [...] **strenge Anforderungen** zu stellen [sind]; **im Regelfall** hat der Notar unter Schilderung seiner Wahrnehmungen und Zweifel **die Beurkundung vorzunehmen**“ (OLG München MittBayNot 2012, 68 (69)).

Lehnt der Notar die Durchführung des notariellen Hauptverfahrens der Beurkundung 44 gem. § 11 Abs. 1 S. 1 ab, ist er beurkundungsverfahrenrechtlich **nicht** zu einer **Dokumentation verpflichtet**. Gleichwohl sollte er den **Grund der Ablehnung dokumentieren**, um in einer etwaigen Beschwerde oder einem Amtshaftungsprozess seine Entscheidung begründen zu können. Diese Dokumentation kann in Form eines **Tatsachenprotokolls** gem. §§ 36, 37 erfolgen. Hierdurch können diese Feststellungen als Urkundenbeweis iSd § 418 Abs. 1 ZPO in ein etwaiges gerichtliches Verfahren eingebracht werden.

E. Vermerkpflcht (Abs. 1 S. 2, Abs. 2)

- 45 Kernbestandteil des § 11 ist die Regelung einer Pflicht zur Aufnahme von **Feststellungen zur Geschäfts- und Testierfähigkeit** in die Niederschrift in zwei Fallkonstellationen. Die inhaltsgleiche, aber systematisch an anderer Stelle verortete Pflicht aus § 28 ergänzt diese Regelung um eine weitere Fallkonstellation, lässt den Anwendungsbereich des § 11 jedoch im Übrigen unberührt (BT-Drs. V/3282, 34; OLG Celle MittBayNot 2008, 492 (493); BeckOGK/Bord BeurkG § 11 Rn. 3.1). Bei einer bloßen **Beglaubigung** iSd § 40 soll eine Vermerkpflcht iSd § 11 nach hM nicht bestehen (DNotI-Report 2015, 153 (154); hierzu zu Recht kritisch Piegsa DAI 14. JAT Notariat 2016, 513 (542 f.) und Renner notar 2017, 218 (222 ff.)). Die Vermerkpflcht aus § 11 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, § 28 ist im Lichte ihres gesetzgeberischen Zwecks (→ Rn. 46) auszulegen und kann angesichts dieses Zwecks aufgeteilt werden in eine Vermerkpflcht bei **bestehenden Zweifeln** (→ Rn. 48) und bei **nicht bestehenden Zweifeln** (→ Rn. 50) an der Geschäfts- und Testierfähigkeit. Hierbei kann der Vermerk auch in eine **andere Niederschrift** (→ Rn. 53), nicht hingegen in einen bloßen Aktenvermerk (→ Rn. 63) ausgelagert werden.

I. Sinn und Zweck

- 46 Zweck der in § 11 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, § 28 enthaltenen Amtspflichten zur Aufnahme von Feststellungen des Notars zur Geschäfts- oder Testierfähigkeit des formell Beteiligten in die Niederschrift ist die **Beweissicherung** (BT-Drs. V/3282, 34; OLG München BeckRS 2005, 33846; LG Köln RNotZ 2005, 244 (245); Lichtenwimmer MittBayNot 2002, 240; Kanzleiter DNotZ 1993, 434 (438); APR/Piegsa Rn. 19; MüKoBGB/Hagena BGB § 2229 Rn. 42; Piegsa DAI 14. JAT Notariat 2016, 513 (538); Brah, Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar, 2013, S. 40). Die nur in bestimmten Fallkonstellationen einschlägige Vermerkpflcht fordert vom Notar die Einnahme der **Rolle** eines neutralen und unabhängigen „**Zeugen des Geschehens**“ (Müller DNotZ 2005, 325 (326)). In die öffentliche Urkunde aufgenommene Feststellungen erbringen in einem späteren Zivilprozess oder Nachlassverfahren gem. § 418 Abs. 1 ZPO den **vollen Beweis** der darin **bezeugten Tatsachen** (BeckOK ZPO/Krafka ZPO § 418 Rn. 4, 5; MüKoZPO/Schreiber ZPO § 418 Rn. 7; APR/Piegsa Rn. 23; Grziwotz/Heinemann Rn. 29; Lichtenwimmer MittBayNot 2002, 240 (242); Brah, Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar, 2013, S. 41). Hierbei sind die vom Notar festgestellten Tatsachen insbesondere deshalb von **besonderer Bedeutung**, da es für die Beurteilung der Geschäfts- und Testierfähigkeit gem. § 130 Abs. 2 BGB allein auf den Zeitpunkt der **Abgabe der Willenserklärung** – im Beurkundungsverfahren mithin auf den Zeitpunkt der Genehmigung der zu beurkundenden Willenserklärungen durch den Beteiligten iSd § 13 Abs. 1 S. 1 (→ § 13 Rn. 76) – ankommt (BGH BeckRS 2015, 20730 Rn. 7). Das Gericht muss daher dem mit der **späteren Begutachtung** der Geschäfts- oder Testierfähigkeit beauftragten psychiatrischen **Gutachter** aufgeben, die durch den Notar in der öffentlichen Urkunde festgestellten Tatsachen zum rechtlich maßgeblichen Zeitpunkt (§ 130 Abs. 2 BGB) **als zutreffend zugrunde zu legen** (vgl. MüKoZPO/Zimmermann ZPO § 404a Rn. 5; BeckOK ZPO/Scheuch ZPO § 404a Rn. 6; Brah, Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar, 2013, S. 58). Zwar ist gem. § 418 Abs. 2 ZPO der Beweis der Unrichtigkeit der durch den Notar bezeugten Tatsachen zulässig. Dieser im Wege des Freibewises gem. § 286 Abs. 1 ZPO zu führende Gegenbeweis erfordert jedoch stets die **volle Überzeugung** des Gerichts und dürfte **praktisch nicht zu führen** sein (Brah, Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar, 2013, S. 59).
- 47 Die in § 11 Abs. 1 S. 2 enthaltene Amtspflicht zur Aufnahme eines Vermerks **bei bestehenden Zweifeln** an der Geschäfts- oder Testierfähigkeit – nicht hingegen auch die aus § 11 Abs. 2, § 28 folgende Vermerkpflcht (OLG München BeckRS 2005, 33846; Grziwotz/Heinemann Rn. 17; BeckOGK/Bord BeurkG § 11 Rn. 30) – dient **darüber hinaus dem Zweck, den Rechtsverkehr** vor einem möglicherweise unwirksamen Rechtsgeschäft **zu warnen** (OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2014, 16741 Rn. 124; APR/Piegsa Rn. 22; Piegsa DAI 14. JAT Notariat 2016, 513 (538 f.)). Dieser Zweifelsvermerk soll den Rechtsverkehr davor **schützen**, dass durch den **öffentlichen Glauben** der Beurkundung der **Anschein der Wirksamkeit** des Rechtsgeschäfts suggeriert wird, obwohl für den Notar nicht auszuräumende Zweifel an der Geschäfts- oder Testierfähigkeit eines Beteiligten bestehen. Für das

gem. § 26 FamFG von Amts wegen zur Ermittlung der entscheidungserheblichen Tatsachen berufene **Nachlassgericht** begründet der Zweifelsvermerk stets **Anlass**, in **Tatsachenermittlungen** betreffend die Geschäfts- oder Testierfähigkeit **einzutreten** (OLG Düsseldorf NJW-RR 2013, 782 (783)). Auch das **Grundbuchamt** kann abweichend von der durch § 29 Abs. 1 GBO beschränkten Prüfungsmöglichkeit bei durch den Vermerk begründeten eigenen Zweifeln eine Eintragung **ablehnen** und behebbaren Zweifeln durch **Zwischenverfügung** nachgehen (OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2005, 14042; BayObLGZ 1974, 336 (340)).

II. Vermerkpflcht bei Zweifeln (Abs. 1 S. 2)

Gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 soll der Notar Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit **in der Niederschrift feststellen**. Mit der Bezugnahme auf die „erforderliche“ Geschäftsfähigkeit wird auch die Testierfähigkeit iSd § 2229 BGB und die besondere Geschäftsfähigkeit zum Abschluss von Erbverträgen iSd § 2275 BGB von der Norm erfasst (BT-Drs. V/3282, 34; Lichtenwimmer MittBayNot 2002, 240). Unter ausschließlicher Berücksichtigung des **Warnzwecks** der Vermerkpflcht (→ Rn. 47) würde es **genügen**, dass der Notar lediglich seine Zweifel an der Geschäfts- oder Testierfähigkeit, das heißt **allein seine rechtliche Schlussfolgerung**, in der Niederschrift feststellt. Diese bloße Feststellung genügt hingegen dem **Beweissicherungszweck** der Vermerkpflcht (→ Rn. 46) nicht, so dass der Notar gem. § 11 Abs. 1 S. 2 darüber hinaus auch zur Aufnahme derjenigen **Tatsachen** in die Niederschrift verpflichtet ist, die ihn **zu seinem Zweifelsurteil** veranlasst haben (OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2014, 16741 Rn. 124; APR/Piegsa Rn. 24; MüKoBGB/Hagena BGB § 2229 Rn. 42; Brah, Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar, 2013, S. 44 ff.; aA Grziwotz/Heinemann Rn. 22 und BeckOGK/Bord BeurkG § 11 Rn. 27). Nur diese **objektiven Tatsachen** nehmen an der Beweiswirkung aus § 418 Abs. 1 ZPO teil, **nicht** hingegen auch das **subjektive Zweifelsurteil** des Notars (BayObLGZ 1974, 336 (339); MüKoZPO/Schreiber ZPO § 418 Rn. 7; BeckOK ZPO/Krafka ZPO § 418 Rn. 4, 6; APR/Piegsa Rn. 23; Lichtenwimmer MittBayNot 2002, 240 (242); BeckOGK/Bord BeurkG § 11 Rn. 36; Brah, Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar, 2013, S. 45). Das **Zweifelsurteil** des Notars ist für sich genommen im Rahmen der späteren Beurteilung der Geschäfts- oder Testierfähigkeit vielmehr **gänzlich unerheblich**, da diese Beurteilung anhand der vorhandenen Anknüpfungstatsachen ausschließlich der **freien Beweiswürdigung** iSd § 286 Abs. 1 ZPO des angerufenen Zivil- oder Nachlassgerichtes obliegt (BayObLG FamRZ 2005, 658 (660); OLG Hamm FGPrax 1997, 68 (69); Müller DNotZ 2005, 325 (326); Cording ZEV 2010, 23 (27); Brah, Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar, 2013, S. 45 f., 58 f.).

Es wurde bereits oben dargelegt, dass der Notar **bei Zweifeln** an der Geschäfts- und Testierfähigkeit eines formell Beteiligten gem. § 11 Abs. 1 S. 1 zu einer **Zweifelskontrolle** verpflichtet ist (→ Rn. 34 ff.). Die im Rahmen dieser Zweifelskontrolle erhobenen Tatsachen zu einer etwaigen **Krankheit** des Beteiligten („**nosologische Ebene**“ → Rn. 12) sowie zu vorhandenen **Symptomen**, die typischerweise für eine mangelnde Urteilsfähigkeit und daher einen Ausschluss der freien Willensbestimmung sprechen („**psychopathologische Ebene**“ → Rn. 15), hat der Notar gem. § 11 Abs. 1 S. 2 in die Niederschrift aufzunehmen. Darüber bietet dieser Vermerk auch **Raum für einen Hinweis**, dass er seinen bei gegebenen Zweifel an der Geschäfts- und Testierfähigkeit stets einschlägigen **Pflichten aus § 17 Abs. 2 S. 2** nachgekommen ist: Dass er die Beteiligten über die möglichen Folgen einer Geschäfts- und Testierunfähigkeit eines formell Beteiligten belehrt hat und welche Erklärungen die Beteiligten hierzu abgegeben haben (BeckOGK/Bord BeurkG § 11 Rn. 27). Formulierungsbeispiel → Rn. 49.1.

Ein Vermerk iSd § 11 Abs. 1 S. 2 könnte daher bspw. wie folgt lauten:

„Von der erforderlichen Geschäftsfähigkeit des Beteiligten zu ... konnte ich mich nicht abschließend überzeugen. Ich habe sämtliche Beteiligte auf die mit einer möglicherweise fehlenden Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten verbundenen Gefahren hingewiesen. Trotz dieses Hinweises erklärte jeder Beteiligte, auf die Vornahme der Beurkundung zu bestehen.“

49.1

Eine Krankheit konnte ich bei dem Beteiligten zu ... nicht feststellen./Auf Nachfrage teilte mir der Beteiligte zu ... mit, an ... zu leiden./Der behandelnde Arzt, ..., teilte mir auf Nachfrage mit, dass der Beteiligte zu ... unter ... leidet (vgl. zur „**nosologischen Ebene**“ → Rn. 12).

Meine Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit beruhen auf folgenden Beobachtungen, die ich im Gespräch mit dem Beteiligten zu ... und in der Verhandlung gemacht habe (vgl. zur „**psychopathologischen Ebene**“ → Rn. 15 ff.): Der Beteiligte scheint in seiner Orientierung gestört zu sein, da er .../Bei dem Beteiligten zeigten sich Aufmerksamkeits- und Gedächtnisstörungen, da er .../Der Beteiligte scheint unter formalen Denkstörungen zu leiden, da er .../Bei dem Beteiligten zeigte sich eine Zwangsstörung bzw. Angststörung bzw. phobische Störung, die sich darin äußerte, dass er .../Der Beteiligte scheint an einer wahnhaften Realitätsverkennung zu leiden, da er .../Der Beteiligte scheint in seiner Affektivität gestört zu sein, da er .../Dem Beteiligten fehlt die Einsicht, an ... zu leiden, da er ...“

III. Vermerkpflcht unabhängig von Zweifeln (Abs. 2)

- 50** Das notarielle Verfahrensrecht bestimmt für **zwei Sachverhaltskonstellationen** eine Vermerkpflcht **unabhängig davon**, ob der Notar an der Geschäfts- oder Testierfähigkeit eines Beteiligten **zweifelt**. In diesen Sachverhaltskonstellationen sieht es das Gesetz als **geboten an**, die Anknüpfungstatsachen für eine zu einem späteren Zeitpunkt **potentiell erforderliche gerichtliche Beurteilung** der Geschäfts- und Testierfähigkeit in öffentlicher Urkunde mit voller Beweiswirkung iSd § 418 Abs. 1 ZPO **zu sichern** (vgl. BT-Drs. V/3282, 34). Dieses **abstrakte Potential** einer späteren gerichtlichen Auseinandersetzung betreffend die Geschäfts- und Testierfähigkeit eines Beteiligten erkennt das BeurkG zum einen nach § 11 Abs. 2 immer dann, wenn ein Beteiligter bei der Beurkundung **schwer krank** ist und zum anderen nach § 28 stets dann, wenn die Beurkundung eine **Verfügung von Todes** wegen zum Gegenstand hat.
- 51** Im Hinblick auf die Vermerkpflcht gem. § 11 Abs. 2 ist in der Kommentarliteratur **umstritten**, wann ein Beteiligter **schwer krank** ist. Nach dem Wortlaut löst **jede physische oder psychische Krankheit** von bestimmter Schwere die Vermerkpflcht aus (APR/Piegsa Rn. 13, 25; Grziwotz/Heinemann Rn. 17). Nach dem Sinn und Zweck der Norm ist der Wortlaut hingegen dergestalt **teleologisch zu reduzieren**, dass nur solche schwere Krankheiten eine Vermerkpflcht auslösen, die sich **potentiell auf den freien Willensentschluss auswirken** können (so auch OLG Hamm RNotZ 2016, 60 (65); MüKoBGB/Hagena BGB § 2229 Rn. 46; Piegsa DAI 14. JAT Notariat 2016, 513 (532)). Dieses richtige teleologische Verständnis der Norm knüpft an die **zweistufige materielle Voraussetzung** der Geschäfts- und Testierfähigkeit an: Liegt eine schwere Krankheit iSd Störung der Geistestätigkeit vor (→ Rn. 12), kann diese grundsätzlich zu einem Ausschluss der freien Willensbestimmung führen (→ Rn. 15). Nur bei einer derartigen, für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts **potentiell bedeutsamen Sachlage** ist es gerechtfertigt, den Notar zum Vermerk seiner Feststellungen zur Geschäfts- und Testierfähigkeit im maßgeblichen Zeitpunkt der Verhandlung zu verpflichten. Im Ergebnis ist eine **schwere Krankheit** iSd § 11 Abs. 2 folglich **nur eine solche**, die zugleich eine **Störung der Geistestätigkeit** iSd § 104 Nr. 2 BGB, § 105 Abs. 2 BGB, § 2229 Abs. 4 BGB **begründen kann**.
- 52** Führt die **schwere Krankheit** zur Überzeugung des Notars von der Geschäfts- oder Testierunfähigkeit, hat er die Beurkundung gem. § 11 Abs. 1 S. 1 **abzulehnen** (→ Rn. 40). Führt die **schwere Krankheit** zu Zweifeln des Notars an der Geschäfts- oder Testierfähigkeit, hat er dies bereits gem. § 11 Abs. 1 S. 2 in der Niederschrift zu **vermerken** (→ Rn. 48). Begründet die **schwere Krankheit** hingegen **keine Zweifel** des Notars an der Geschäfts- oder Testierfähigkeit, trifft ihn gem. § 11 Abs. 2 eine **doppelte Vermerkpflcht**: Er hat zum einen die **schwere Krankheit** und zum anderen seine **Feststellungen über die Geschäfts- oder Testierfähigkeit** in die Niederschrift aufzunehmen. Formulierungsbeispiel → Rn. 52.1.
- 52.1** Ein Vermerk iSd § 11 Abs. 2 könnte daher bspw. wie folgt lauten:
 „Nach meiner in der Verhandlung gewonnen Erkenntnis sprechen keine Anhaltspunkte dafür, an der Geschäftsfähigkeit des Beteiligten zu ... zu zweifeln. Zwar leidet der Beteiligte nach eigenen Angaben/nach Angaben von ... an ... In der Verhandlung ergaben sich jedoch keinerlei tatsächliche Anzeichen dafür, dass sich diese schwere Krankheit auf die freie Willensbestimmung des Beteiligten auswirkt.“

IV. Vermerk in einer anderen Niederschrift

Entgegen dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, § 28 ist es beurkundungsverfahrensmäßig **zulässig**, dass der Notar seine Feststellungen zur Geschäfts- und Testierfähigkeit nicht in die Niederschrift über das Rechtsgeschäft iSd §§ 8 ff. (Hauptniederschrift), sondern in eine davon **gesonderte Niederschrift** iSd §§ 36, 37 (Tatsachenprotokoll) aufnimmt (so auch APR/Piegsa Rn. 39; Winkler BeurkG Rn. 16; Winkler MittBayNot 2008, 492 (497); BeckOGK/Bord BeurkG § 11 Rn. 35; Lichtenwimmer MittBayNot 2002, 240 (244); Piegsa DAI 14. JAT Notariat 2016, 513 (541); aA Brah, Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar, 2013, S. 43 f.). Nach der **psychiatrischen Fachliteratur** wird eine derartige Auslagerung sogar ausdrücklich als **vorzugswürdig** erachtet (Cording ZEV 2010, 23 (27)). Die Zulässigkeit dieser Verfahrensweise ergibt sich aus dem Persönlichkeitsrecht des von den Feststellungen betroffenen Beteiligten gem. Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG sowie dem Anspruch des Beteiligten auf Durchführung des notariellen Hauptverfahrens gem. § 15 Abs. 1 BNotO, da sie bei richtiger Ausgestaltung ein **milderes** (→ Rn. 54) und dennoch **gleich geeignetes Mittel** der **Beweissicherung** ist (→ Rn. 56). Diese beurkundungsverfahrensmäßige Möglichkeit ist daher **nicht auf Ausnahmefälle beschränkt** (so auch Piegsa DAI 14. JAT Notariat 2016, 513 (541); aA Kanzleiter DNotZ 1993, 434 (438 f.); Lichtenwimmer MittBayNot 2002, 240 (244); BeckOGK/Bord BeurkG § 11 Rn. 35).

1. Milderes Mittel

Die Aufnahme der Feststellungen des Notars zur Geschäfts- und Testierfähigkeit eines Beteiligten in eine separate Niederschrift iSd §§ 36, 37 ist unter Berücksichtigung des Persönlichkeitsrechts des betroffenen Beteiligten gem. Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 GG ein **milderes Mittel**, wenn der Beteiligte im konkreten Einzelfall durch das Verlesen der Feststellungen in seinem **Selbstwertgefühl ernsthaft verletzt** oder **seelisch belastet** werden könnte (Kanzleiter DNotZ 1993, 434 (439 f.); Lichtenwimmer MittBayNot 2002, 240 (241); vgl. auch Brah, Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar, 2013, S. 36 ff.). In einem solchen Falle wird durch eine Auslagerung zudem vermieden, dass die **Akzeptanz des Notars als Mittler** zur richtigen Gestaltung durch den betroffenen Beteiligten eingeschränkt und das Beurkundungsziel der richtigen Rechtsgestaltung erschwert wird.

Die beurkundungsverfahrensmäßige Auslagerung der Feststellungen des Notars zur Geschäfts- und Testierfähigkeit eines Beteiligten in eine separate Niederschrift stellt sich darüber hinaus unter Berücksichtigung des Anspruches des Beteiligten auf Durchführung des notariellen Hauptverfahrens gem. § 15 Abs. 1 BNotO auch dann als ein **milderes Mittel** dar, wenn die **Beurkundungssituation** eine dem Beweissicherungszweck **angemessene Formulierung** dieses Vermerks nicht zulässt und das Beurkundungsverfahren aus diesem Grunde **nicht sofort durchgeführt** werden könnte (vgl. Piegsa DAI 14. JAT Notariat 2016, 513 (541)). Diese Situation wird insbesondere bei Beurkundungen **außerhalb der Geschäftsstelle** des Notars (zB in einem Krankenhaus oder einer Altersresidenz) regelmäßig gegeben sein. Ferner ist eine solche Situation auch bei Beurkundungen in der Geschäftsstelle denkbar, wenn der Notar noch nicht während einer Vorbesprechung, sondern vielmehr **erst im Beurkundungstermin** Anlass hat, an der Geschäfts- und Testierfähigkeit eines Beteiligten zu zweifeln.

2. Gleich geeignetes Mittel

Die Aufnahme der Feststellung des Notars zur Geschäfts- und Testierfähigkeit eines Beteiligten in eine separate Niederschrift iSd §§ 36, 37 ist ein gleich geeignetes Mittel, wenn der **Beweiswert des Vermerks** (→ Rn. 46) vollumfänglich **erhalten bleibt**. Hierzu hat der Notar das Beurkundungsverfahren in einer bestimmten Weise zu gestalten.

Die in eine separate Niederschrift iSd §§ 36, 37 aufgenommenen Wahrnehmungen des Notars zur Geschäfts- oder Testierfähigkeit eines Beteiligten nehmen vollumfänglich an der Beweiswirkung des § 418 Abs. 1 ZPO teil. Auf dieses Beweismittel müssen sämtliche Personen und Stellen **Zugriff** erhalten, die auch Zugriff auf die Hauptniederschrift haben. Das sind gem. § 51 Abs. 1 Nr. 1 die Personen, die in der Niederschrift eine **Erklärung** abgegeben haben sowie deren **Rechtsnachfolger**. Das ist bei Verfügungen von Todes wegen darüber

hinaus auch das zuständige **Nachlassgericht**, welches die Niederschrift nach dem Tod des Erblassers gem. § 348 FamFG eröffnet und damit sämtlichen Beteiligten iSd § 7 FamFG und jedem mit einem rechtlichen Interesse iSd § 357 Abs. 1 FamFG zugänglich macht.

- 58 Auf die **separate Niederschrift** iSd §§ 36, 37 hat gem. § 51 Abs. 1 Nr. 2 hingegen nur diejenige Person Zugriff, welche die Aufnahme dieser Niederschrift **beantragt** hat sowie dem Rechtsnachfolger dieser Person. Da es sich bei der separaten Niederschrift darüber hinaus nicht um eine Erklärung der Beteiligten handelt, nach deren Inhalt die Erbfolge geändert werden kann, hat der Notar diese nicht gem. § 34a Abs. 3 S. 2 dem Nachlassgericht mitzuteilen und sie wird folglich auch nicht gem. § 348 FamFG eröffnet. Diese **Defizite des Zugriffs auf das Beweismittel** hat der Notar zu beheben, in dem er sich von dem Beteiligten in der Hauptniederschrift durch **besondere Erklärung** iSd § 51 Abs. 2 anweisen lässt, eine Ausfertigung der separaten Niederschrift iSd §§ 36, 37 auf Anforderung **sämtlichen Beteiligten der Hauptniederschrift** sowie bei Verfügungen von Todes wegen darüber hinaus auch dem für die Eröffnung der Hauptniederschrift zuständigen **Nachlassgericht** auf dessen Anforderung zu erteilen. Enthält die Hauptniederschrift diese besondere Erklärung iSd § 51 Abs. 2, bleibt der **Beweiswert** der in einer separaten Niederschrift aufgenommenen Feststellungen zur Geschäfts- oder Testierfähigkeit eines Beteiligten **vollumfänglich erhalten** und die beurkundungsverfahrensrechtliche Auslagerung stellt sich als ein gleich geeignetes Mittel der Beweissicherung dar. Formulierungsbeispiel → Rn. 62.1.
- 59 Hat der Notar Zweifel an der Geschäftsfähigkeit und ist er daher gem. § 11 Abs. 1 S. 2 zur Aufnahme eines **Zweifelsvermerks** verpflichtet, folgt aus dem **zusätzlichen Warnzweck** dieses Zweifelsvermerks (→ Rn. 47), dass die **Tatsache der beim Notar vorhandenen Zweifel** an der Geschäfts- oder Testierfähigkeit eines Beteiligten – nicht hingegen auch die diese Zweifel stützenden tatsächlichen Feststellungen (!) – stets **zwingend in der Hauptniederschrift selbst** zum Ausdruck kommen müssen. Formulierungsbeispiel → Rn. 49.1, wobei daraus nur der erste Absatz übernommen und sodann mit dem Vermerk → Rn. 61.1 fortgefahren werden kann.
- 60 Der **Auftrag** zur Aufnahme eines Tatsachenprotokolls in separater Niederschrift sollte eindeutig in der Hauptniederschrift enthalten sein. **Kostenschuldner** dieses Tatsachenprotokolls ist nämlich nur derjenige, der den Notar (idealerweise in der Hauptniederschrift) zur Aufnahme anweist (§ 29 Nr. 1 GNotKG). Im Regelfall bestehen für die Wertbestimmung dieses Tatsachenprotokolls als nichtvermögensrechtliche Angelegenheit (§ 36 Abs. 2 GNotKG) neben dem für die Hauptniederschrift anzusetzenden Geschäftswert keine genügenden Anhaltspunkte, so dass regelmäßig von einem Geschäftswert von 5.000 EUR auszugehen ist (§ 36 Abs. 3 GNotKG). Die **zusätzliche Gebühr** für das in gesonderter Niederschrift aufgenommene Tatsachenprotokoll beläuft sich daher **im Regelfall auf 60 EUR** zzgl. Umsatzsteuer (Nr. 21200 KV GNotKG).

3. Muster

- 61 Der Vermerk iSd §§ 11 Abs. 2, 28 in der **Hauptniederschrift** könnte am Beispiel eines Testaments wie in → Rn. 61.1 formuliert werden (vgl. auch Piegsa DAI 14. JAT Notariat 2016, 513 (542)).
- 61.1 „Die Beteiligten weisen den Notar an, seine Wahrnehmungen zur Testierfähigkeit des Erschienen in einer gesonderten Niederschrift zu vermerken. Der Erschienene erklärt sich damit einverstanden, dass der Notar auf Anforderung eines gem. § 51 BeurkG zur Erteilung einer Ausfertigung dieser Niederschrift Berechtigten diesem eine Ausfertigung der gesonderten Niederschrift erteilt. Der Erschienene erklärt sich ferner damit einverstanden, dass der Notar eine Ausfertigung der gesonderten Niederschrift dem für die Eröffnung der Verfügung von Todes wegen zuständigen Nachlassgericht auf dessen gesonderte Aufforderung übersendet.“
- 62 Das in **separater Niederschrift** (und zu separater UR-Nr.) aufgenommene Tatsachenprotokoll iSd §§ 11 Abs. 2, 28 könnte am Beispiel eines Testaments wie in → Rn. 62.1 lauten.
- 62.1 „Notarielle Niederschrift des Notars ... in ... über seine Wahrnehmungen zur Testierfähigkeit (§§ 36 f. BeurkG) im Rahmen der Beurkundung des Testaments von Frau ... am ... (UR-Nr. ...):
Am ... erschien in meinen Amtsräumen Frau In der an diesem Tag aufgenommenen Niederschrift über ihr Testament (UR-Nr. ...) habe ich vermerkt, dass ich keine Zweifel an ihrer Testierfähig-