

BeurkG

Beurkundungsgesetz

Bearbeitet von

Gesamtherausgeber: Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Wolfgang Krüger, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a.D., Prof. Dr. Stephan Lorenz, und Prof. Dr. Christoph Reymann, LL.M. Eur., Notar, Herausgeber: Dr. Gabriele Müller-Engels, Die Bearbeiter: Dr. Bernadette Bord, Dr. Kai Franken, Dr. Ulrich Gößl, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Richard Rachlitz, LL.M., Dr. Rainer Regler, Anja Schaller, Eliane Schuller, LL.M., Dr. Daniel Seebach, LL.M., und Jörg Theilig

1. Auflage 2019. Buch. XXIII, 809 S. Gebunden

ISBN 978 3 406 73758 9

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

möglich war), darf der Notar die Beurkundung, sofern er nicht Anhaltspunkte für eine Täuschung hat, nicht ablehnen,¹¹⁹ sondern soll die Beteiligten auf die Folgen des Mangels für den Vollzug und die möglicherweise eingeschränkte Beweiskraft der Urkunde **hinweisen**.¹²⁰ **Verlangen alle Beteiligten** (wobei ein übereinstimmender Wille der Beteiligten vorliegen muss)¹²¹ die Vornahme der Beurkundung, hat diese zu erfolgen, wobei der Grund für die fehlende Feststellung der Identität und das Beurkundungsverlangen in der Niederschrift zu vermerken sind; dies ist auch aus Gründen des Schutzes des Rechtsverkehrs erforderlich.¹²² Auch die Belehrung über die Folgen des Mangels soll in der Niederschrift vermerkt werden, wobei umstritten ist, ob dies zwingend ist.¹²³ Ohne ausdrückliches Verlangen darf der Notar auch bei Gefahr in Verzug nicht beurkunden.¹²⁴

Formulierungsvorschlag: „Herr ... konnte sich nicht ausweisen, sodass ich mir über seine Person keine Gewissheit verschaffen konnte. Trotz Belehrung über die damit verbundenen Gefahren, die geminderte Verwendbarkeit der Niederschrift und die möglichen Folgen für den Vollzug dieser Niederschrift verlangten alle Beteiligten die Aufnahme der Niederschrift.“ 43

5. Nachreichen eines amtlichen Lichtbildausweises

Hat der Beteiligte keinen ausreichenden Ausweis bei sich, soll die Beurkundung aber dennoch nach dem Willen aller Beteiligten sofort erfolgen, kann der Notar beurkunden, wenn er die Tatsache, dass der Beteiligte sich nicht ausweisen konnte, aber verspricht, **unverzüglich einen amtlichen Lichtbildausweis nachzureichen**, in der Niederschrift vermerkt.¹²⁵ 44

Formulierungsvorschlag: „Der Erschienene ... konnte sich heute nicht ausweisen, alle Beteiligten bestanden jedoch auf sofortiger Beurkundung, wobei Herr ... versprach, dem amtierenden Notar unverzüglich einen amtlichen Lichtbildausweis nachzureichen.“ 45

Das **Original** des Ausweises ist dem Notar dann **unverzüglich und persönlich** vorzulegen.¹²⁶ Nach Möglichkeit sollte der Ausweis auch **durch den Beteiligten** persönlich vorgelegt werden, es ist aber nicht ausgeschlossen, dass sich der Notar auch allein durch die Vorlage des Ausweises von der Identität Gewissheit verschafft.¹²⁷ Erfolgte die Beurkundung durch einen **Notarvertreter**, muss der Nachweis noch diesem während seiner Bestellung vorgelegt werden;¹²⁸ erfolgt die Vorlage erst nach Ablauf der Bestellung, muss der Beteiligte nachgenehmigen oder der Vertreter erneut bestellt werden.¹²⁹ Anders ist dies bei Berichtigung der Angaben zur Person, zB bei unrichtig geschriebenen Namen; eine solche Berichtigung muss nicht zwingend vom beurkundenden Notar, sondern kann auch zB durch dessen Vertreter vorgenommen werden.¹³⁰ 46

¹¹⁹ BayObLG FGPrax 2005, 19 (20).

¹²⁰ Winkler Rn. 10, 27, 86; BeckOK BGB/Litzenburger Rn. 12; Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 14; Reimann/Bengel/Mayer/Limmer Rn. 12 f.; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 24; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 13; Lerch Rn. 15; Firsching DNotZ 1955, 283 (285).

¹²¹ Lerch Rn. 16; Winkler Rn. 27, 86.

¹²² Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 14.

¹²³ Für ein zwingendes Vermerken BeckOK BGB/Litzenburger Rn. 12; aA Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 24.

¹²⁴ Winkler Rn. 27; Lerch Rn. 17; vgl. auch Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 13, der jedoch davon spricht, dass in diesen Fällen keine Vornahmepflicht besteht.

¹²⁵ BeckOK BGB/Litzenburger Rn. 9; Staudinger/Hertel, 2017, BeurkG Rn. 334; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 14.

¹²⁶ Winkler Rn. 29; BeckOK BGB/Litzenburger Rn. 9; Staudinger/Hertel, 2017, BeurkG Rn. 334; Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 12; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 14.

¹²⁷ Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 14.

¹²⁸ Staudinger/Hertel, 2017, BeurkG Rn. 334; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 14; Winkler Rn. 29; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 26; Zeiler NotBZ 2004, 114; aA LG Gera NotBZ 2004, 112 mablAnm Zeiler Not BZ 2004, 114.

¹²⁹ Staudinger/Hertel, 2017, BeurkG Rn. 334; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 14.

¹³⁰ Winkler Rn. 88.

47 Der Notar fertigt dann eine Niederschrift gem. § 36 oder einen Vermerk gem. § 39, in dem er die Vorlegung bestätigt und den Identitätsnachweis **feststellt**.¹³¹

48 **Formulierungsvorschlag:**

„Bescheinigung über die Personenechtheit zur Urkunde des Notars... in... vom..., URNr. ...

Heute wurde mir ein Lichtbildausweis des nachstehend genannten Beteiligten der oben genannten Urkunde durch diesen selbst vorgelegt. Ich habe mir nunmehr Gewissheit über die Personenechtheit dieses Beteiligten verschafft.

Beteiligter: ...

vorgelegter Ausweis: ...

Ort, Datum

Unterschrift des Notars mit Siegel“

D. Beweiskraft der Persönlichkeitsfeststellung

49 Auch die Feststellungen des Notars betreffend die Identität der Beteiligten begründen nach § 415 ZPO vollen Beweis, dass die dort genannten Beteiligten die beurkundeten Erklärungen abgegeben haben, wenn nicht nach § 10 Abs. 3 S. 2 vermerkt ist, dass sich der Notar keine Gewissheit über die Person verschaffen konnte.¹³² Auch wenn der Notar seine Amtspflicht hinsichtlich der Persönlichkeitsfeststellung verletzt hat, kommt der Niederschrift bis zum Beweis des Gegenteils die Beweiskraft des § 415 ZPO zu.¹³³ Die Feststellungen des Notars zur Person des Beteiligten dürfen nicht durch eine Behörde einer eigenen Würdigung unterzogen werden, sondern sind bindend, auch wenn ein Vermerk über die Art der Identitätsfeststellung völlig fehlt.¹³⁴ Zum Beispiel der Bindung der Feststellung gegenüber dem Grundbuchamt → Rn. 49.1.

49.1 Beispielsweise ist die Feststellung eines Notars hinsichtlich des Ehenamens einer verheirateten Beteiligten (bei zusätzlicher Nennung des Geburtsnamens), die noch mit ihrem Geburtsnamen im Grundbuch eingetragen ist, für das Grundbuchamt bindend und das Grundbuchamt kann nicht zusätzlich die Vorlage einer Heiratsurkunde fordern.¹³⁵

§ 11 Feststellungen über die Geschäftsfähigkeit

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

(2) Ist ein Beteiligter schwer krank, so soll dies in der Niederschrift vermerkt und angegeben werden, welche Feststellungen der Notar über die Geschäftsfähigkeit getroffen hat.

¹³¹ LG Würzburg MittBayNot 1975, 34; Winkler Rn. 17, 19, 28, 29, 88; BeckOK BGB/Litzenburger Rn. 9; Staudinger/Hertel, 2017, BeurkG Rn. 334; Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 12; Lerch Rn. 17.

¹³² BGH NJW 2011, 778 (779); OLG Celle DNotZ 2006, 297 (299); LG Berlin DNotZ 1963, 250 (251); Staudinger/Hertel, 2017, BeurkG Rn. 336; Winkler Rn. 90; Reimann/Bengel/Mayer/Limmer Rn. 5; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 3, 10; Lerch Rn. 14; Musielak/Voit/Huber ZPO § 415 Rn. 10; vgl. auch Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 36 ff., der jedoch der Ansicht ist, dass sich die Beweiskraft nicht auf § 415 ZPO gründen könne, da es sich nicht um die öffentliche Beurkundung einer Willenserklärung, sondern nach § 418 Abs. 1 ZPO um eine amtliche Tatsachenfeststellung handle.

¹³³ BeckOK BGB/Litzenburger Rn. 13; Winkler Rn. 92; Staudinger/Hertel, 2017, BeurkG Rn. 336.

¹³⁴ OLG Celle DNotZ 2006, 297 (299); Winkler Rn. 91; BeckOK BGB/Litzenburger Rn. 13; Staudinger/Hertel, 2017, BeurkG Rn. 336; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 35; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 10.

¹³⁵ LG Mainz MittBayNot 1999, 482; LG Berlin DNotZ 1963, 250 (251); LG Wuppertal MittBayNot 1977, 68; vgl. auch OLG Celle DNotZ 2006, 297; BeckOK BGB/Litzenburger Rn. 13; Winkler Rn. 91; Staudinger/Hertel, 2017, BeurkG Rn. 336; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 35; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 3, 10; Lerch Rn. 14.

Allgemeines Schrifttum: Brah, Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar, 2013; Cording, Beweismittel zur Klärung der Testier(un)fähigkeit, ZEV 2010, 23; Cording/Foerster, Psychopathologische Kurztests durch den Notar – ein im Grundsatz verfehelter Vorschlag – Erwiderung zum Beitrag von Stoppe/Lichtenwimmer, Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit beim alten Menschen durch den Notar – ein interdisziplinärer Vorschlag, DNotZ 2005, 806 ff., DNotZ 2006, 329; Cypionka, Fortfall der Entmündigung Volljähriger – Auswirkungen auf den Rechtsverkehr, NJW 1992, 207; Firsching, Fragen des Testamentsrechts, DNotZ 1955, 283; Grader, Die Belehrungspflicht des Notars in Fällen mit Auslandsberührung, DNotZ 1959, 563; Huber/Schmieder/Dengler, 312-und-20 Jahre (Dreihundertzwölfundzwanzig Jahre) Geschäftsfähig/testierfähig oder fremdbestimmt?, BWNNotZ 2012, 150; Kanzleiter, Feststellungen über die Geschäftsfähigkeit inner- oder außerhalb der Niederschrift? Bemerkungen zum Beschluß des BayObLG v. 2.7.1992 – 3Z BR 58/92, DNotZ 1993, 434; Kanzleiter, Anmerkung zu OLG Celle (MittBayNot 2008, 492), MittBayNot 2008, 495; Kruse, Zur Feststellung der Testierfähigkeit durch den Notar – Teil I, NotBZ 2001, 405; Kruse, Zur Feststellung der Testierfähigkeit durch den Notar – Teil II, NotBZ 2001, 448; Lichtenwimmer, Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit durch den Notar, MittBayNot 2002, 240; Litzenburger, Sind die notariellen Vermerkplichten zur Geschäftsfähigkeit mit dem Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre vereinbar?, ZEV 2016, 1; Müller, Erwiderung zum Beitrag von Stoppe/Lichtenwimmer, Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit beim alten Menschen durch den Notar – ein interdisziplinärer Vorschlag, DNotZ 2005, 806 ff., DNotZ 2006, 325; Nieder, Testamenterrichtung äußerungsbehinderter Erblasser, ZNotP 2001, 335; Reithmann, Geschäftsfähigkeit und Verfügungsbezugnis nach deutschem internen Recht und Kollisionsrecht, DNotZ 1967, 232; Stoppe/Lichtenwimmer, Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit beim alten Menschen durch den Notar – ein interdisziplinärer Vorschlag, DNotZ 2005, 806; Weser, Die Auswirkungen des Betreuungsgesetzes auf die notarielle Praxis, MittBayNot 1992, 161; Weser, Prüfung der Testierfähigkeit durch das Grundbuchamt, MittBayNot 2015, 368; Winkler, Anmerkung zu OLG Celle (MittBayNot 2008, 492), MittBayNot 2008, 495; Zimmermann, Juristische und psychiatrische Aspekte der Geschäfts- und Testierfähigkeit, BWNNotZ 2000, 97; Zimmermann, Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren, insbesondere die Beteiligung behinderter Personen, BWNNotZ 2001, 151.

Überblick

Abs. 1 normiert das Erfordernis der „erforderlichen Geschäftsfähigkeit“ (→ R.n. 6 ff.) für die Beurkundung von Willenserklärungen und legt dem Notar die Amtspflicht auf, Zweifel daran zu dokumentieren (→ R.n. 27 ff.) und bei festgestellter fehlender Geschäftsfähigkeit die Beurkundung abzulehnen (→ R.n. 22 ff.). Abs. 2 der Vorschrift verschärft die Vorgaben des Abs. 1 für den Fall einer schweren Erkrankung eines Beteiligten im Sinne einer doppelten Vermerkplicht (→ R.n. 30 ff.).

Übersicht

	R.n.		R.n.
A. Allgemeines/Bedeutung	2	2. Anhaltspunkte für eine Geschäftsunfähigkeit	13
B. Prüfung der Geschäftsfähigkeit	6	3. Überzeugung von der fehlenden Geschäftsfähigkeit	22
I. Geschäftsfähigkeit	6	III. Feststellungen in der Niederschrift ...	25
1. Grundsatz	6	1. Grundsatz	25
2. Geschäftsfähigkeit im Fall von Betreuung oder Pflegschaft	8	2. Zweifel an der Geschäftsfähigkeit (Abs. 1 S. 2)	27
3. Geschäftsfähigkeit Minderjähriger	9	3. Schwere Erkrankung (Abs. 2)	30
4. Geschäftsfähigkeit von Ausländern	10	4. Ort des Vermerks	34
5. Testierfähigkeit	11	C. Bedeutung der Feststellungen über die Geschäftsfähigkeit für das gerichtliche Verfahren	36
II. Prüfung	12		
1. Grundsatz	12		

A. Allgemeines/Bedeutung

- 2 § 11 ersetzt seit dem Jahr 1970 § 28 BNotO.¹ Abgestellt wird auf die **erforderliche Geschäftsfähigkeit**, sodass auch die Testierfähigkeit erfasst wird.²
- 3 **Anwendung** findet § 11 auf alle **Beurkundungen von Willenserklärungen**. Ergänzt wird die Vorschrift für **Verfügungen von Todes** wegen durch § 28 (zum Zusammenspiel von § 11 und § 28 → Rn. 3.1). Bei der Abnahme von **Eiden und eidesstattlichen Versicherungen** ist über § 38 Abs. 1 anstelle der Geschäftsfähigkeit die Unterform der Eidesmündigkeit bzw. -fähigkeit (§§ 393, 455 Abs. 2 ZPO) festzustellen.³ Auf die Protokollierung von Versammlungen als **Beurkundung sonstiger Tatsachen** ist die Vorschrift analog anzuwenden.⁴ Für **Unterschriftsbeglaubigungen** ist § 40 Abs. 2, nicht hingegen § 11 anwendbar. Eine analoge Anwendung von § 11 kommt allenfalls bei der Beglaubigung der Unterschrift unter einen Entwurf des Notars in Betracht, da der Notar insoweit eine besondere Gewähr für das unterschriftsbeglaubigte Dokument übernimmt.⁵
- 3.1 Für das **Zusammenspiel von § 11 und § 28** im Rahmen **letztwilliger Verfügungen** gilt Folgendes: § 11 Abs. 1 S. 1 und § 11 Abs. 2 gelten sowohl für Rechtsgeschäfte unter Lebenden als auch für Verfügungen von Todes wegen. Bezüglich § 11 Abs. 1 S. 2 enthält § 28 eine Spezialregelung, sodass der Notar stets seine Wahrnehmungen über die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Erblassers in der Niederschrift vermerken soll, nicht nur wie bei § 11 Abs. 1 S. 2 seine Zweifel. Bei Erbverträgen ist insofern danach zu unterscheiden, wer von den Vertragsbeteiligten letztwillige Verfügungen trifft; für diesen gilt nur § 28, für den nichttestierenden Vertragsbeteiligten sowie hinsichtlich der ehevertraglichen Verfügungen in einem Ehe- und Erbvertrag gilt § 11 Abs. 1 S. 2.⁶
- 4 § 11 enthält **Sollvorschriften**, deren Nichtbeachtung nicht zur Unwirksamkeit der Niederschrift führen,⁷ die aber **Amtspflichten** für den Notar begründen.⁸ Betroffen wird durch § 11 der Feststellungsinhalt der Niederschrift.⁹ Zur Abgrenzung der Zeugnis- von der Prüfungspflicht → Rn. 4.1.
- 4.1 Da § 11 vom Notar fordert, das **Ergebnis** seiner Prüfung in der Niederschrift **festzuhalten**, enthält die Norm eine **Zeugnis-**, keine **Prüfungspflicht** des Notars, letztere ergibt sich aus § 17.¹⁰ Als medizinischer Laie wird der Notar allerdings oftmals vor praktische Probleme bei der abschließenden Feststellung der Geschäftsfähigkeit gestellt sein, weshalb seine Prüfungspflicht insoweit eingeschränkt ist.¹¹

¹ BT-Drs. 5/3282, 30.

² BT-Drs. 5/3282, 30.

³ BeckOK BGB/Litzenburger Rn. 1; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 5; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 4, 7; Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 1a.

⁴ BeckOK BGB/Litzenburger Rn. 1; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 6, nach dem die Pflicht zur Wiedergabe von Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit aber bereits daraus folgt, dass der Notar alles wiederzugeben hat, was für das Zustandekommen des protokollierten Beschlusses wesentlich ist; aA Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 6; Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 1a.

⁵ Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 6; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 5; vgl. auch Bracker MittBayNot 2014, 231 (232); für eine den Anforderungen des § 11 entsprechende Prüfung der Geschäftsfähigkeit bei der Unterschriftsbeglaubigung einer Vorsorgevollmacht Renner notar 2017, 218 (224).

⁶ Reimann/Bengel/Mayer/Limmer Rn. 2 ff., 10, 12, 15.

⁷ BayObLG MittBayNot 1992, 361 (362); Winkler Rn. 19; BeckOK BGB/Litzenburger Rn. 12; Reimann/Bengel/Mayer/Limmer Rn. 7; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 35; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 2.

⁸ BayObLG MittBayNot 1992, 361 (362); Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 1; Reimann/Bengel/Mayer/Limmer Rn. 7; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 35; zu Disziplinarmaßnahmen vgl. OLG Celle MittBayNot 2008, 492; zur Haftung des Notars nach § 19 BNotO für die Prozess- und Vollstreckungskosten im Falle der pflichtwidrig unterlassenen Feststellung bzw. Nichtaufnahme von Symptomen, die gegen die Geschäftsfähigkeit sprechen, vgl. OLG Oldenburg DNotZ 1974, 19 (20); krit. Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 35.

⁹ Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 1.

¹⁰ Winkler Rn. 1; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 1.

¹¹ Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 1; Reimann/Bengel/Mayer/Limmer Rn. 1; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 15; Kuntze DNotZ 1972, 57 (58); vgl. aus medizinischer Sicht Cording ZEV 2010, 23 (27); vgl. zum Fall einer chronisch-progredienten Demenz OLG München BeckRS 2013, 11657.

§ 11 gilt über § 1 Abs. 2 auch für **Konsularbeamte** (§ 10 Abs. 3 KonsG) sowie für Rechts- 5
pfleger als Beurkundungspersonen des AG und die Urkundspersonen beim Jugendamt. Bei
Nottestamenten vor dem Bürgermeister (§ 2249 Abs. 1 S. 4 BGB) und vor den „drei
Zeugen“ (§ 2250 Abs. 3 S. 2 BGB) gilt § 11 Abs. 1 S. 1 hingegen nicht, sodass keine Ableh-
nungspflicht besteht, wohl aber gelten § 11 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2.¹²

B. Prüfung der Geschäftsfähigkeit

I. Geschäftsfähigkeit

1. Grundsatz

§ 11 bezieht sich auf die für die Vornahme des jeweiligen Rechtsgeschäfts **erforderliche** 6
Geschäftsfähigkeit, wodurch auch die Testierfähigkeit (§ 2229 BGB) mitumfasst wird.¹³
Das BeurkG kennt damit keinen eigenen Begriff, sondern nimmt auf die materiell-rechtliche
Definition der Geschäftsfähigkeit Bezug.¹⁴ Geschäftsfähigkeit wird als Fähigkeit definiert,
allgemein zulässige Rechtsgeschäfte selbstständig wirksam vornehmen zu können.¹⁵ Zur
Geschäftsfähigkeit → BGB § 104 Rn. 1 ff., insbesondere zur Frage einer relativen Geschäfts-
fähigkeit → BGB § 104 Rn. 1 ff.

Bei **Volljährigen** – insoweit hat der Notar deshalb jedenfalls das Alter der Beteiligten 7
festzustellen,¹⁶ wobei er aber nach § 26 Abs. 2 S. 1 DONot ohnehin das Geburtsdatum
anzugeben hat¹⁷ – ist grundsätzlich keine Prüfung der Geschäftsfähigkeit erforderlich, da
durch § 11 für den Notar eine **tatsächliche Vermutung** begründet wird, dass ein volljähri-
ger (§ 2 BGB) Beteiligter auch voll geschäftsfähig (vgl. §§ 104 ff. BGB) ist.¹⁸ Besteht eine
gesetzliche Vertretung, sind die Willenserklärungen durch den gesetzlichen Vertreter abzu-
geben.¹⁹

2. Geschäftsfähigkeit im Fall von Betreuung oder Pflegschaft

Auch wenn eine Betreuung angeordnet ist, bedeutet dies nicht automatisch, dass der 8
Betreute geschäftsunfähig ist.²⁰ Vielmehr muss der Notar in jedem Einzelfall gem. § 104
Nr. 2 BGB prüfen, ob der Betreute als geschäftsfähig anzusehen ist.²¹ Nach dem Bestehen
einer **Betreuung oder Pflegschaft** muss der Notar auch grundsätzlich nicht von sich aus

¹² Reimann/Bengel/Mayer/Limmer Rn. 6; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 4.

¹³ BT-Drs. 5/3282, 30; Winkler Rn. 2; Reimann/Bengel/Mayer/Limmer Rn. 1; Weser MittBay-
Not 2015, 368 (369).

¹⁴ Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 2; BeckOK BGB/Litzenburger Rn. 1; Reimann/Bengel/Mayer/
Limmer Rn. 1; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 7; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 7;
zur Definition der Geschäftsfähigkeit vgl. Zimmermann BWNotZ 2000, 97.

¹⁵ BeckOK BGB/Wendtland BGB § 104 Rn. 1; MüKoBGB/Spickhoff BGB § 104 Rn. 2.

¹⁶ Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 3; BeckOK BGB/Litzenburger Rn. 2; aA OLG Frankfurt
DNotZ 1978, 505 (506) sowie Winkler Rn. 8: Prüfung nur bei Anhaltspunkten aufgrund äußeren
Erscheinungsbildes oder Auftretens.

¹⁷ Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 13.

¹⁸ BayObLG MittBayNot 1992, 361 (362); OLG Köln RNotZ 2001, 56 (57); BayObLG NJW-
RR 1990, 721 (722); OLG Frankfurt NJW-RR 2006, 450; OLG Celle MittBayNot 2008, 492 (493);
LG Köln RNotZ 2005, 244 (246); Winkler Rn. 3; Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 2b, 4; BeckOK BGB/
Litzenburger Rn. 2; Staudinger/Hertel, 2017, BeurkG Rn. 337; Grziwotz/Heinemann/Heinemann
Rn. 12; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 13; Müller DNotZ 2006, 325 (328); Winkler MittBay-
Not 2008, 495; Zimmermann BWNotZ 2000, 97 (100); eine Übersicht über die Volljährigkeit in
ausländischen Rechtsordnungen findet sich bei Süß Rpfleger 2003, 53 oder bei Schotten/Schmellen-
kamp IPR Anh. I Rn. 388.

¹⁹ Winkler Rn. 3.

²⁰ BayObLG FGPrax 2003, 32; Winkler Rn. 4; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 13; Müller
DNotZ 2006, 235 (238); Kruse NotBZ 2001, 405 (406); zur Testierfähigkeit: BayObLG FamRZ 1994,
593 (594); OLG Frankfurt FamRZ 1996, 635; OLG Celle ZERB 2003, 321; Zimmermann
BWNotZ 2000, 97 (101); Weser MittBayNot 1992, 161 (169).

²¹ Winkler Rn. 4; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 13; Cypionka NJW 1992, 207 (208 f.).

fragen²² (→ Rn. 12 ff.). Hat der Notar jedoch aufgrund des Verhaltens des Beteiligten oder äußerer Umstände Anhaltspunkte für eine etwaige Geschäftsunfähigkeit, muss er diesen nachgehen.²³ Ob ein Beteiligter als geschäftsfähig anzusehen ist, kann im Einzelfall sehr schwer zu beurteilen sein²⁴ (→ Rn. 12 ff.; zur Beziehung eines ärztlichen Gutachtens → Rn. 17).

3. Geschäftsfähigkeit Minderjähriger

- 9 Minderjährige, die das siebente Lebensjahr vollendet haben (vgl. § 104 Nr. 1 BGB), sind **beschränkt geschäftsfähig** gem. § 106 BGB iVm §§ 107 ff. BGB. Insofern hat der Notar insbesondere gem. § 107 BGB zu prüfen, ob der beschränkt Geschäftsfähige durch das Rechtsgeschäft lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt.²⁵ Zu den zu beachtenden Einzelheiten bei der Beteiligung eines beschränkt Geschäftsfähigen → Rn. 9.1.

- 9.1 Bei der Beteiligung eines beschränkt Geschäftsfähigen gilt es, Folgendes zu beachten:
- **Lediglich rechtlich vorteilhaft** ist beispielsweise der schenkungsweise Erwerb eines Grundstücks, selbst wenn er unter Nießbrauchvorbehalt oder Auflagen erfolgt oder das Grundstück mit Grundpfandrechten belastet ist (wobei der Minderjährige nicht die persönliche Haftung übernehmen darf), da die gleichzeitige Bestellung bzw. Übernahme der dinglichen Belastung nur Erwerbsmodalität ist.²⁶ **Nicht** lediglich rechtlich vorteilhaft ist hingegen, wegen der mit dem Eintritt in die Wohnungseigentümergeinschaft einhergehenden Verpflichtungen, die schenkungsweise Überlassung einer Eigentumswohnung.²⁷
 - Ist der beschränkt Geschäftsfähige zum **selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts** ermächtigt iSv § 112 BGB, kann er selbst einen Prokuristen bestellen und die Eintragung in das Handelsregister anmelden.²⁸
 - Ein beschränkt Geschäftsfähiger kann in entsprechender Anwendung des § 455 Abs. 2 S. 1 ZPO eine Versicherung an Eides statt für einen Erbschein (§ 352 Abs. 3 S. 3 FamFG) abgeben, wenn er **eidesfähig** ist, dh das 16. Lebensjahr vollendet hat.²⁹
 - In die **Annahme als Kind** kann dieses ab Vollendung des 14. Lebensjahrs nur selbst **einwilligen**, bedarf aber zusätzlich der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (§ 1746 Abs. 1 S. 2, 3 BGB).³⁰
 - Ist einem beschränkt Geschäftsfähigen **Vollmacht** zum Abschluss eines Vertrages erteilt (vgl. § 165 BGB), kann er als formell Beteiligter an der Urkunde mitwirken, wobei hier angesichts der möglichen Haftung des Bevollmächtigten gegenüber dem Vollmachtgeber Vorsicht angezeigt sein sollte.³¹

4. Geschäftsfähigkeit von Ausländern

- 10 Aus Sicht des deutschen **IPR** bestimmt sich die Geschäftsfähigkeit gem. Art. 7 Abs. 1 EGBGB nach dem Personalstatut, also dem Recht des Staates, dem der Beteiligte angehört.³² Nachforschungen muss der Notar insofern nur bei entsprechenden Anhaltspunk-

²² Winkler Rn. 8; Staudinger/Hertel, 2017, BeurkG Rn. 337; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 12.

²³ RG DNotZ 1936, 391 (393); BayObLG MittBayNot 1992, 361 (362); OLG Frankfurt DNotZ 1978, 505 (506); Staudinger/Hertel, 2017, BeurkG Rn. 337; Müller DNotZ 2006, 235 (238).

²⁴ Winkler Rn. 4; Reimann/Bengel/Mayer/Limmer Rn. 14; Kruse NotBZ 2001, 405; Kruse NotBZ 2001, 448; Cypionka NJW 1992, 207 (209).

²⁵ Winkler Rn. 5; Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 3; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 8.

²⁶ BayObLG NJW 1967, 1912; DNotZ 1999, 589; vgl. auch RGZ 148, 323; OLG Celle DNotZ 1974, 731 mAnm Winkler; Winkler Rn. 5; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 8; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 8; krit. Lerch Rn. 3 f.

²⁷ BGH DNotZ 2011, 346; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 8; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 8.

²⁸ Winkler Rn. 5; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 8; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 9.

²⁹ Winkler Rn. 5; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 8; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 9.

³⁰ Winkler Rn. 5; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 11.

³¹ Winkler Rn. 5; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 9; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 9.

³² S. hierzu Reithmann DNotZ 1967, 232; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 12; Winkler Rn. 6; Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 3. Die Testierfähigkeit und Geschäftsfähigkeit bei Erbverträgen bestimmt sich gem. Art. 26 Abs. 1 lit. a EuErbVO autonom nach Art. 24, 25 EuErbVO, s. auch Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 11.

ten treffen.³³ Hat ein geschäftsunfähiger/beschränkt geschäftsfähiger **Ausländer** im Inland ein Rechtsgeschäft (mit Ausnahme von familienrechtlichen, erbrechtlichen oder Rechtsgeschäften betreffend im Ausland belegene Immobilien) vorgenommen, für das er nach deutschem Recht geschäftsfähig wäre, kann er sich im Interesse des Verkehrsschutzes auf seine fehlende Geschäftsfähigkeit nur bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Vertragspartners hiervon berufen (Art. 12 EGBGB).

5. Testierfähigkeit

Von der Geschäftsfähigkeit gesondert geregelt ist die **Testierfähigkeit**. Sie besteht für Minderjährige ab Vollendung des 16. Lebensjahres (§ 2229 Abs. 1 BGB), wobei der Minderjährige gem. § 2247 Abs. 4 BGB, § 2233 Abs. 1 BGB ein Testament nur durch mündliche Erklärung oder Übergabe einer offenen Schrift errichten kann. Für den Abschluss eines Erbvertrages ist gem. § 2275 Abs. 1 BGB grundsätzlich unbeschränkte Geschäftsfähigkeit erforderlich; eine Ausnahme gilt für Ehegatten und Verlobte, die aber dann zusätzlich der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und uU des Familiengerichts bedürfen (§ 2275 Abs. 2, 3 BGB).³⁴ Für den Vertragsbeteiligten eines Erbvertrags, der selbst keine Verfügung von Todes wegen trifft, gelten die allgemeinen Regelungen zur Geschäftsfähigkeit.³⁵ Auf der Ebene des Internationalen Privatrechts regelt die EuErbVO die Testierfähigkeit in Art. 26 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 EuErbVO.³⁶

II. Prüfung

1. Grundsatz

Vor der Errichtung einer Niederschrift hat sich der Notar von der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten zu überzeugen.³⁷ Hierbei darf er **grundsätzlich von der Geschäftsfähigkeit eines Volljährigen ausgehen**³⁸ und darf sich grundsätzlich am Äußeren sowie am Verhalten des Beteiligten orientieren.³⁹ Den Notar trifft grundsätzlich **keine Erkundigungspflicht** hinsichtlich der Anordnung oder Beantragung einer **Betreuung oder Pflegschaft**.⁴⁰ Ebenfalls gibt es im Grundsatz keine Nachforschungspflicht hinsichtlich der **Staatsangehörigkeit** der Beteiligten.⁴¹

2. Anhaltspunkte für eine Geschäftsunfähigkeit

Hat der Notar jedoch aufgrund des Verhaltens des Beteiligten oder äußerer Umstände **Anhaltspunkte für eine etwaige Geschäftsunfähigkeit** (zu solchen möglichen Anhaltspunkten → Rn. 13.1), muss er diesen nachgehen.⁴²

³³ BGH DNotZ 1963, 315; Winkler Rn. 6; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 13; Lerch Rn. 2, 10; Grader DNotZ 1959, 563; diff. Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 39, der aus § 17 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 die Verpflichtung ableitet, die Staatsangehörigkeit in jedem Fall zu ermitteln und zu vermerken.

³⁴ Winkler Rn. 7; Reimann/Bengel/Mayer/Limmer Rn. 8.

³⁵ Reimann/Bengel/Mayer/Limmer Rn. 8.

³⁶ Hierzu sowie zur Frage der Bestimmung der Geschäftsfähigkeit des anderen Vertragsteiles beim einseitigen Erbvertrag Döbereiner MittBayNot 2013, 437 (440).

³⁷ Winkler Rn. 8.

³⁸ Vgl. BGH NJW 1955, 1714.

³⁹ OLG Celle MittBayNot 2008, 492 (493); Winkler Rn. 8; Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 2b, 4; Reimann/Bengel/Mayer/Limmer Rn. 9; BeckOK BGB/Litzenburger Rn. 2; Lerch Rn. 6.

⁴⁰ RG DNotZ 1936, 391 (393); Winkler Rn. 8; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 12; zur partiellen Geschäftsfähigkeit (zB gegenständlich, nicht auf den Schwierigkeitsgrad bezogen, beschränkt oder bei Querulantenwahn) BGH MittBayNot 1970, 167 sowie Zimmermann BWNotZ 2000, 97 (98).

⁴¹ BGH DNotZ 1963, 315; Winkler Rn. 8; BeckOK BGB/Litzenburger Rn. 2; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 13; Lerch Rn. 2, 10; Grader DNotZ 1959, 563.

⁴² RG DNotZ 1936, 391 (393); BayObLG MittBayNot 1992, 361 (362); OLG Frankfurt DNotZ 1978, 505 (506); OLG Köln RNotZ 2001, 56 (57); OLG Celle MittBayNot 2008, 492 (493); LG Köln RNotZ 2005, 244 (246); Staudinger/Hertel, 2017, BeurkG Rn. 337; Winkler Rn. 8; Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 4, 6; Reimann/Bengel/Mayer/Limmer Rn. 10; Grziwotz/Heinemann/

- 13.1 Beispiele für solche Anhaltspunkte können eine mangelnde örtliche und zeitliche Orientierung sein, die mangelnde Fähigkeit, Informationen aufzunehmen, entsprechend zu verarbeiten und auf dieser Basis zu entscheiden, oder die mangelnde Fähigkeit, die Auswirkungen von Entscheidungen zu begreifen.⁴³
- 14 Ob ein Beteiligter als geschäftsfähig anzusehen ist, kann bei Krankheiten, insbesondere bei Demenz (zB Alzheimer oder vaskulärer Demenz), Depression und Delir im Einzelfall **sehr schwer zu beurteilen** sein.⁴⁴ Entscheidend muss für den Notar sein, ob der Beteiligte seinen eigenen Willen bilden sowie verständlich äußern kann und nach seiner Überzeugung die Tragweite seiner Entscheidung erfasst.⁴⁵
- 15 Wie der Notar seine notwendige Überzeugung von der Geschäftsfähigkeit aller Beteiligten erlangt, liegt im Rahmen der Verfahrensleitung in seinem **Ermessen**; gleiches gilt für die Frage, wann die Überzeugung bei ihm vorliegt.⁴⁶ Seine Überzeugung kann er im Rahmen einer Unterhaltung, ggf. auch im Laufe des Beurkundungsverfahrens, gewinnen, ohne dass hierfür ein spezieller Fragenkatalog abgearbeitet werden müsste.⁴⁷
- 16 Insbesondere im Falle der schweren Krankheit (Abs. 2; → Rn. 30 ff.) empfiehlt es sich idR, ist aber nicht zwingend, zusätzlich zu dem persönlichen Gespräch mit dem Beteiligten den **behandelnden Arzt** oder fachkundiges Pflegepersonal zu Rate zu ziehen.⁴⁸ Zu beachten gilt insoweit, dass der Notar aber ohne Zustimmung des Beteiligten nicht berechtigt ist, den Arzt um Auskunft zu ersuchen; der Notar sollte deshalb zunächst den Beteiligten um Einwilligung in die Auskunftserteilung bitten.⁴⁹ Ist eine solche Unterredung erfolgt, sollte diese Tatsache samt Nennung des Namens des Arztes sowie der Darlegung seiner Ausführungen in der Niederschrift vermerkt werden.⁵⁰
- 17 Da der Notar ein medizinischer Laie ist, ist es in diesen Fällen auch besonders ratsam, möglichst kurz vor der Beurkundung ein **ärztliches** (aufgrund der Komplexität der Frage zur Geschäftsfähigkeit vorzugsweise ein fachärztliches (nach Möglichkeit der Fachrichtung Psychiatrie⁵¹), ansonsten ein hausärztliches) **Gutachten** einzuholen – wobei der Notar aber nicht an das Ergebnis des Gutachtens gebunden ist – und das Original der Niederschrift beizufügen.⁵² Zu betonen ist aber, dass ein hausärztliches Gutachten durchaus ausreichend

Heinemann Rn. 12; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 15; Lerch Rn. 6; vgl. auch BGH NJW 1955, 1714.

⁴³ OLG Celle MittBayNot 2008, 492 (493); Winkler Rn. 8; Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 6; Reimann/Bengel/Mayer/Limmer Rn. 1; aüsf. Zimmermann BWNotZ 2000, 97 (102 ff.).

⁴⁴ Cording ZEV 2010, 23; Lichtenwimmer MittBayNot 2002, 240; Stoppe/Lichtenwimmer DNotZ 2005, 806; Kruse NotBZ 2001, 448 (452); Zimmermann BWNotZ 2000, 97 (100, 102 ff.); Huber/Schmieder/Dengler BWNotZ 2012, 150; Cypionka NJW 1992, 207 (209); Winkler Rn. 4, 9.

⁴⁵ OLG München DNotZ 2008, 296 (297); Winkler Rn. 9; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 15; Winkler MittBayNot 2008, 495.

⁴⁶ Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 4, 5; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 13, 20; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 15; Huber/Schmieder/Dengler BWNotZ 2012, 150 (153); Kanzleiter MittBayNot 2008, 495 (496).

⁴⁷ Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 13; weitergehender Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 15.

⁴⁸ OLG Celle MittBayNot 2008, 492 (493); LG Köln RNotZ 2005, 244 (246); Winkler Rn. 14; Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 6; Reimann/Bengel/Mayer/Limmer Rn. 17; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 20; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 16; Lerch Rn. 8; Kanzleiter DNotZ 1993, 434 (440); Haegele Rpfleger 1969, 414; Zimmermann BWNotZ 2000, 97 (100); Lichtenwimmer MittBayNot 2002, 240 (242); Kruse NotBZ 2001, 448 (452 f.); Huber/Schmieder/Dengler BWNotZ 2012, 150 (153); Kanzleiter MittBayNot 2008, 495.

⁴⁹ Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 21; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 16.

⁵⁰ Winkler Rn. 14; Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 4; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 24; Zimmermann BWNotZ 2000, 97 (100); aA Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 34, nach dem die Daten des befragten Arztes oder Pflegepersonals allenfalls in einen Aktenvermerk aufzunehmen sind.

⁵¹ Vgl. für Gutachten im Betreuungsverfahren § 280 Abs. 1 S. 2 FamFG.

⁵² Eylmann/Vaasen/Limmer Rn. 4, 6; Reimann/Bengel/Mayer/Limmer Rn. 1; Staudinger/Hertel, 2017, BeurkG Rn. 337; Grziwotz/Heinemann/Heinemann Rn. 34; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa Rn. 16, 26; Formulierungsbeispiele für ein ärztliches Attest finden sich bei Zimmermann BWNotZ 2000, 97 (107) sowie bei Kruse NotBZ 2001, 448 (453).