



Bärbel Brah

## **Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar**

# 1. Teil: Einleitung

## § 1 Problemstellung

Jeder hat das Recht, seine letztwillige Verfügung durch den Notar beurkunden zu lassen. Der Notar ist grundsätzlich zur Beurkundung verpflichtet; er darf die Beurkundung nur in Ausnahmefällen ablehnen, § 15 Abs. 1 BNotO und § 4 BeurkG. Die fehlende Testierfähigkeit rechtfertigt ausnahmsweise die Ablehnung der Beurkundung, § 11 Abs. 1 S. 1 BeurkG. Testierunfähig ist nach § 2229 Abs. 4 BGB, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geisteschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.

Dabei zeigt sich in der Praxis, dass gerade öffentliche Testamente vielfach erst zu einem Zeitpunkt errichtet werden, in dem der körperliche und psychisch-geistige Zustand des Betroffenen Anlass zu Zweifeln über dessen Testierfähigkeit geben kann. Wenn dann in Erbschaftsprozessen und Erbscheinverfahren der Einwand erhoben wird, dass der Erblasser bei Errichtung oder Änderung des Testaments testierunfähig gewesen sei, muss der Richter in der Regel ein psychiatrisches Sachverständigengutachten einholen. Nicht nur, weil eine persönliche Untersuchung des Erblassers nicht mehr möglich ist, gehören derartige Gutachten zu den schwierigsten der forensischen Psychiatrie; der Sachverständige muss die Frage der Testierfähigkeit rückblickend auf der Grundlage von ärztlichen Unterlagen, Betreuungsgutachten, Heimakten und Zeugenaussagen einschätzen<sup>1</sup>. Die Durchführung eines selbständigen Beweissicherungsverfahrens vor Eintritt des Erbfalls ist nicht zulässig<sup>2</sup>.

Bei der Errichtung eines notariellen Testaments, also noch zu Lebzeiten des Erblassers, schreibt § 28 BeurkG vor, dass der Notar seine Wahrnehmungen über die erforderliche Testierfähigkeit in der Urkunde vermerken soll. Nach § 11 Abs. 1 S. 1 BeurkG soll der Notar die Beurkundung ablehnen, wenn nach seiner Überzeugung die Testierfähigkeit fehlt.

---

1 *Cording*, Fortschritte Neurologie, Psychiatrie 2004, 147 (148).

2 OLG Frankfurt/M. NJW-RR 1997, 581 (582); Reimann/Bengel/Mayer/Voit, § 2229 BGB, Rn. 20; Soergel/Mayer, § 2229 BGB, Rn. 41; Palandt/Weidlich, § 1922 BGB, Rn. 5.

Die Notare wenden diese Vorschriften so an, dass sie in allen – nach ihrer Auffassung – unproblematischen Fällen in den notariellen Testamenten im Allgemeinen feststellen: „Der Notar hat sich durch eingehende Verhandlung/Unterredung von der erforderlichen Geschäfts- und Testierfähigkeit des Erschienenen überzeugt“. Augenscheinlich fühlen sich die Notare dazu berufen, in jedem Fall die Testierfähigkeit zu prüfen und positiv festzustellen. Dies steht im Gegensatz zum materiellen Recht, wonach jede Person mit Vollendung des 16. Lebensjahres (§ 2229 Abs. 1 BGB) die Vermutung voller Testierfähigkeit für sich hat, die Testierunfähigkeit also die Ausnahme bildet. Die Beurkundung wird in der Praxis nur bei offensichtlicher Testierunfähigkeit, etwa wenn ein Gespräch nicht mehr möglich ist, abgelehnt. Dies verwundert nicht, weil nirgendwo steht, wie der Notar als medizinischer Laie die Prüfung des psychisch-geistigen Zustandes des Testierenden vornehmen soll.

Gegenwärtig wird diskutiert, wie dem Notar die Prüfung der Testierfähigkeit erleichtert werden kann. Dazu wird vorgeschlagen, den in der Psychologie und Psychiatrie zur Feststellung von Demenzerkrankungen entwickelten Mini-Mental-Status-Test und den Uhren-Zeichentest in die notarielle Praxis zu integrieren<sup>3</sup>. Der Anwendung solcher Kurztests im Rahmen des Beurkundungsverfahrens wird sowohl aus juristischer Sicht mit dem Argument widersprochen, dass von dem Notar nur eine laienhafte Beurteilung verlangt werden könne, weil ihm keine Letztentscheidungskompetenz zukomme<sup>4</sup>, als auch aus psychiatrischer Sicht mit dem Argument, dass bei der Verwendung von psychopathologischen Kurztests durch den Notar die Gefahr falscher Schlussfolgerungen größer als der Nutzen sei<sup>5</sup>.

Interessant ist, dass bisher niemand das durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angesprochen hat. Dieses gewährleistet die Befugnis des Einzelnen, selbst darüber zu entscheiden, ob, in welchem Umfang und gegenüber welchen Personen persönliche Sachverhalte offenbart werden<sup>6</sup>. In dieses Grundrecht darf nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden. Insofern verpflichtet § 28 BeurkG den Notar, die geistige Verfassung des Beteiligten zu prüfen und seine Wahrnehmungen darüber in der Urkunde zu vermerken. Tatsachen, die etwas über den Geisteszustand des Beteiligten aussagen, betreffen das Intimste der Person. Mayer weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es im Falle offensichtlicher

---

3 *Stoppe/Lichtenwimmer*, DNotZ 2005, S. 806 ff.

4 *Müller*, DNotZ 2006, S. 325 ff.

5 *Cording/Foerster*, DNotZ 2006, 329 ff.

6 BVerfGE 65, 1 (43), Volkszählungsurteil.

Geschäftsfähigkeit seitens des Beteiligten als ungebührlicher Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht empfunden werden könnte, wenn der Notar seine Wahrnehmungen über die Testierfähigkeit in der Testamentsurkunde genau auflistet. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränke in diesem Fall die öffentlich-rechtliche Dokumentationspflicht<sup>7</sup>. Dieser Hinweis beinhaltet, dass der Notar heimlich den Geisteszustand des Testierenden abprüft und dieser keine Chance erhält, die für seine Geschäftsfähigkeit bedeutsamen Umstände mit dem Notar zu diskutieren, obwohl es in jedem Falle zu seinem Persönlichkeitsrecht gehört, dass er die Chance erhält, sich mit den Feststellungen des Notars auseinanderzusetzen<sup>8</sup>. Es ist also zu klären, ob die Prüfung und Dokumentation von Wahrnehmungen über den psychisch-geistigen Zustand des Beteiligten mit dem verfassungsrechtlich geschützten Recht auf informationelle Selbstbestimmung vereinbar ist.

Einhellig wird angenommen, dass das Gesetz von der Geschäfts- und Testierfähigkeit jedes Menschen ausgehe, die Geschäfts- und Testierfähigkeit somit die Regel, die Geschäfts- und Testierunfähigkeit die Ausnahme bildet<sup>9</sup>. Die Herleitung aus dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzessystematik erklärt jedoch nur unzureichend das Regel-Ausnahme-Verhältnis. Es wird gezeigt, dass dies seinen Grund in der allgemeinen Zulassung eines jeden mündigen Menschen zum Rechtsverkehr hat.

Wenn das Gesetz von der Geschäfts- und Testierfähigkeit jedes Menschen ausgeht, ist dann weiter interessant und bedarf der Überprüfung, warum einhellig davon ausgegangen wird, dass der Notar in jeder Testamentsurkunde die Testierfähigkeit positiv feststellen muss. Auch in den Kommentierungen zu § 28 BeurkG und Praxishandbüchern wird üblicherweise der Vermerk empfohlen: „Der Erblasser ist nach Überzeugung des Notars aufgrund der mit ihm geführten Unterredung zweifellos geschäfts- und testierfähig“ oder auch: „Der Notar überzeugte sich durch die Verhandlung von der erforderlichen Geschäfts- und Testierfähigkeit des Erblassers“<sup>10</sup>. Selbst die Rechtsprechung geht davon aus, dass der Notar verpflichtet sei, sich von der Testierfähigkeit zu überzeugen<sup>11</sup>. In ersten Gesprächen der Verfasserin mit Notaren wurde die Frage dahingehend beantwortet, dass dies so im Beurkundungsgesetz stehe. Wirft man indes einen genaueren Blick auf den Wortlaut des § 28 BeurkG, dann steht dort, dass der Notar

---

7 Soergel/Mayer, § 28 BeurkG, Rn. 4.

8 *Kanzleier*, DNotZ 1993, 434 (438/439).

9 Statt aller: Staudinger/Knothe, Vorbem. zu §§ 104-115, Rn. 6 für die Geschäftsfähigkeit.

10 Kersten/Bühling/Fassbender, § 100, Rn. 9M; Reimann/Bengel/Mayer/Bengel, § 28 BeurkG, Rn. 6; Jansen, § 28 BeurkG, Rn. 4; MünchKomm/Hagena, § 28 BeurkG, Rn. 17; Staudinger/Baumann, § 2229 BGB, Rn. 33; Keidel/Winkler, § 28 BeurkG, Rn. 12.

11 OLG Oldenburg DNotZ 1974, 19 (20).

Wahrnehmungen über die erforderliche Geschäftsfähigkeit vermerken und nicht die Geschäfts-/Testierfähigkeit selbst feststellen soll.

Rechtsprechung und Literatur wollen hier hinsichtlich Inhalt und Umfang der Prüfung zwischen sonstigen Willenserklärungen und Verfügungen von Todes wegen<sup>12</sup> unterscheiden. Bei sonstigen Willenserklärungen müsse der Notar in eine Prüfung – des Fehlens – der Geschäftsfähigkeit nur eintreten, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine nicht bestehende Geschäftsfähigkeit vorhanden seien<sup>13</sup>. Demgegenüber müsse der Notar bei Verfügungen von Todes wegen die Geschäfts- und Testierfähigkeit stets prüfen bzw. sich in jedem Falle von der Geschäfts- und Testierfähigkeit überzeugen, also auch dann, wenn keine diesbezüglichen Zweifel bestehen<sup>14</sup>. Da das materiell-rechtliche Regel-Ausnahme-Verhältnis gleichermaßen für die Geschäfts- wie für die Testierfähigkeit gilt, ist die Differenzierung hinsichtlich Inhalt und Umfang der Prüfung zwischen Verfügungen von Todes wegen und sonstigen Willenserklärungen fragwürdig.

Weiter stellt sich vor dem Hintergrund des materiell-rechtlichen Regel-Ausnahme-Verhältnisses nicht nur die Frage, ob der Notar verpflichtet, sondern ob er überhaupt berechtigt ist, die Geschäfts- und Testierfähigkeit zu prüfen und festzustellen. Augenscheinlich fehlt ihm als regelmäßig medizinischer Laie auch die Fähigkeit dazu.

Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet die Testierfreiheit<sup>15</sup>. Diese hat der Gesetzgeber mittels des Gesetzesvorbehaltes gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG dahingehend konkretisiert, dass es dem Erblasser zur Gestaltung der Erbrechtsfolge das privatschriftliche und das öffentliche Testament zur Verfügung stellt<sup>16</sup>. Das öffentliche Testament wird durch den Notar beurkundet, § 2232 S. 1 BGB. Durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG wird also der Anspruch auf Beurkundung eines Testaments verfassungsrechtlich gewährleistet. Der somit jeder Person zukommende öffentlich-rechtliche Anspruch auf Beurkundung seines Testaments und die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme der Beurkundungsablehnung sprechen dafür, dass der Notar in Fällen, in denen nach seiner Auffassung Testierunfähigkeit

---

12 Verfügung von Todes wegen ist der Oberbegriff von Testament und Erbvertrag, Palandt/*Weidlich*, § 1937 BGB, Rn. 2.

13 OLG Frankfurt DNotZ 1978, 505 (506); Soergel/*Mayer*, § 11 BeurkG, Rn. 2; Reimann/Bengel/*Mayer/Limmer*, § 11 BeurkG, Rn. 2; *Jansen*, § 11 BeurkG, Rn. 2; Keidel/*Winkler*, § 11 BeurkG, Rn. 8; *Lerch*, § 28 BeurkG, Rn. 1; Eylmann/*Vaasen/Limmer*, § 11 BeurkG, Rn. 4; Armbrüster/*Preuss/Renner/Renner*, § 11 BeurkG, Rn. 12.

14 Reimann/Bengel/*Reimann/Limmer*, § 11 BeurkG, Rn. 12; Soergel/*Mayer*, § 28 BeurkG, Rn. 2; Keidel/*Winkler*, § 28 BeurkG, Rn. 1; Armbrüster/*Preuss/Renner/Armbrüster*, § 28 BeurkG, Rn. 1; MünchKomm/*Hagena*, § 28 BeurkG, Rn. 8; *Lerch*, § 28 BeurkG, Rn. 1; *Jansen*, § 28 BeurkG, Rn. 1.

15 BVerfGE 99, 341 (350).

16 Vgl. BVerfGE 99, 341 (352/353).

vorliegen könnte, er dies letztlich aber nicht sicher beurteilen kann, beurkunden muss. Dennoch steht in § 11 Abs. 1 S. 1 BeurkG, dass der Notar die Beurkundung bei fehlender Testierfähigkeit ablehnen soll. Warum darf sich der Notar nicht darauf beschränken, seine Wahrnehmungen über die Testierfähigkeit festzustellen und die Beurkundung durchführen? So hat das Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLG) festgestellt, dass nicht nur Richter und Notare, sondern auch Psychiater zu (falsch positiven) Fehlschlüssen bezüglich der Testierfähigkeit kommen können, wenn sie „einer auf die Testamentserrichtung gut vorbereiteten Person gegenübergestellt“ werden und nicht „alle wesentlichen Umstände“ kennen und berücksichtigen können<sup>17</sup>. Die Prüfung der Testierfähigkeit verlange eine sorgfältige Untersuchung unter Einbeziehung der Vorgeschichte und aller äußeren Umstände<sup>18</sup>. Zur endgültigen Beurteilung der Testierfähigkeit sei in aller Regel nur ein psychiatrischer Sachverständiger in der Lage<sup>19</sup>. Auf Laien können geistig erkrankte Personen einen „normalen“ Eindruck machen<sup>20</sup>. So entspricht es wissenschaftlichen Erkenntnissen, dass an Altersdemenz erkrankte Personen, zumal wenn sie körperlich gesund sind und eine gute „Fassade“ haben, bei jedem Laien und damit auch Richtern, Anwälten und Notaren einen durchaus „normalen“ Eindruck erwecken können<sup>21</sup>. Gerade altersbedingte geistige Abbauphänomene können von dem Betroffenen überspielt werden. Der Eindruck von Personen, die einen nur eingeschränkten Kontakt mit dem Erblasser hatten, kann deshalb trügen<sup>22</sup>.

Die wirklichen Extremfälle wird der Notar dabei unschwer erkennen, beispielsweise bei völliger Desorientierung oder wenn der Beteiligte keine Fragen mehr beantworten kann. Schwierigkeiten bereiten jedoch die viel häufigeren Grenzfälle, beispielsweise sehr alte Menschen, körperlich – nicht geistig – Kranke, die sich in einem Schwächezustand befinden, beginnende Stadien der Alzheimer Krankheit oder Arteriosklerose. Weitere Schwierigkeiten verursachen die Fälle des Medikamenten-, Drogen- oder Alkoholmissbrauchs, aber auch die ord-

---

17 BayObLGZ 1979, 256 (263); BayObLG NJW-RR 1990, 1419 (1420); BayObLGZ 1995, 383 (390).

18 BayObLGZ 1979, 256 (259); BayObLG MittBayNot 1995, 56 (57); OLG Frankfurt NJW-RR 1998, 870 (871); bei Altersdemenz oder Cerebralklerose sind Feststellungen nur aufgrund des Gesamtverhaltens und des Gesamtbildes der Persönlichkeit zur Zeit der Testamentserrichtung möglich: BayObLG FamRZ 1996, 566 (566).

19 BayObLG NJW-RR 1990, 1419 (1420); FamRZ 1994, 1137 (1138); FamRZ 1997, 1511 (1512); FamRZ 1998, 515 (516); *Cording*, Fortschritte Neurologie, Psychiatrie 2004, 147 (151); *Zimmermann*, BWNotZ 2000, 97 (101).

20 BayObLG NJW-RR 1990, 1420 (1420).

21 BayObLGZ 1979, 256 (263); vgl. auch *Hülsmann*, ZEV 1999, 91 (92).

22 BayObLG FamRZ 1997, 1511 (1512), Hausarzt; vgl. auch OLG Frankfurt/M. FamRZ 1998, 1061 (1063).

nungsgemäße Medikamenteneinnahme und dabei weniger deren akute, als vielmehr die daraus resultierenden Dauererscheinungen der Verminderung der Urteilskraft und Beeinflussbarkeit<sup>23</sup>.

Das Beurkundungsgesetz enthält keine Vorgaben, wie sich der Notar selbst die nach § 11 Abs. 1 S. 1 BeurkG vorausgesetzte Überzeugung von der fehlenden Geschäftsfähigkeit bilden soll. Die Hinzuziehung eines Arztes bzw. Sachverständigen für die Beurteilung ist nicht vorgeschrieben. Der Gesetzgeber sieht also im Grundsatz vor, dass sich der Notar im Beurkundungsverfahren ohne Heranziehung fremder Hilfe von der Geschäfts- und Testierunfähigkeit überzeugt.

Auch die Kommentare weichen dieser Frage aus. Dabei ist der Notar wie der Richter in der Regel psychiatrisch ungeschult<sup>24</sup>. Wenn aber schon der Richter die Testierunfähigkeit erst unter Einbeziehung der Vorgeschichte nur mittels eines nervenärztlichen oder psychiatrischen Sachverständigengutachtens aufklären kann und selbst die Begutachtung der Testierfähigkeit Lebender dem Psychiater Schwierigkeiten bereitet<sup>25</sup>, lässt dies von vornherein erkennen, dass der Notar als Nicht-Psychiater selbst mit Fragebögen, Checklisten und Anleitungen nicht in einer Art Schnellverfahren zum Experten in dieser Frage gemacht werden kann. Selbst bei einem sorgfältig arbeitenden Notar ist das Irrtumsrisiko bei der Beurteilung der Geschäfts- bzw. Testierunfähigkeit und damit eine Fehlbeurteilung hoch<sup>26</sup>. Wohl aus diesem Grund behandeln die Kommentare zwar die Frage, was der Notar tun soll, wenn er die entsprechenden Zweifel bereits besitzt, doch weichen sie alle der Frage aus, wie er als Laie die Aufklärung vornehmen soll<sup>27</sup>.

Vor dem Hintergrund des öffentlich-rechtlichen Beurkundungsanspruchs ist zu erarbeiten, in welchen Fällen die Beurkundungsablehnung ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann. Erst die daraus gewonnenen Erkenntnisse erlauben die Erarbeitung der praktischen Umsetzung.

Zusammenfassend werden auf der einen Seite die Regelung des § 28 BeurkG untersucht und die Fragen beantwortet, was der Notar nach § 28 BeurkG zu prüfen und urkundlich zu vermerken hat und wie er die Prüfung vorzunehmen hat.

---

23 *Keim*, Teil B. 1., Fn. 11.

24 Die Weiterbildung eines Arztes zum Psychiater dauert mindestens 5 Jahre, <http://de.wikipedia.org/wiki/Psychiater>.

25 *Cording*, Fortschritte der Neurologie, Psychiatrie 2004, 147 (149).

26 Vgl. *Keim*, Teil C. 3., Rn. 34.

27 Der Hinweis bei Armbrüster/Preuss/Renner/Renner, § 11 BeurkG, Rn. 15, dass der Notar Ärzten oder sonstigen Sachverständigen nicht glauben darf, ist für ein summarisches Verfahren, wie es das Beurkundungsverfahren darstellt, völlig unpraktikabel. Wenn der Notar sein Laienurteil dem Urteil eines Fachmannes entgegensetzt, dann würde ein Gericht wohl nicht zu Unrecht eine Amtspflichtverletzung annehmen.

Auf der anderen Seite wird die Regelung des § 11 Abs. 1 S. 1 BeurkG untersucht und die Frage beantwortet, in welchen Fällen der Notar die Beurkundung ablehnen soll.

Daraus ergibt sich das Ziel der Arbeit, nämlich einen Fragebogen für die Praxis der Notare zu entwickeln, mit dessen Hilfe der Notar die Testierunfähigkeit prüfen und die nach § 28 BeurkG zu vermerkenden Wahrnehmungen urkundlich niederlegen kann.

## **§ 2 Gang der Untersuchung**

Um die Pflichten des Notars im Beurkundungsverfahren in Bezug auf die Geschäfts- und Testierfähigkeit des Beteiligten zu analysieren, ist es wichtig, die materiell-rechtlichen Grundlagen der Geschäfts- und Testierfähigkeit zu kennen. Daher werden nach der Einleitung (1. Teil) im 2. Teil unter § 3 zunächst die Regelungen zur Geschäfts- und Testierfähigkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch dargestellt. Im Anschluss daran wird auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Testierfreiheit und die für ihre Ausübung erforderliche Selbstbestimmungsfähigkeit eingegangen. Danach erfolgt eine Abgrenzung der in dieser Arbeit behandelten Geschäfts- und Testierunfähigkeit wegen psychisch-geistiger Insuffizienz gem. §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 2, 2229 Abs. 4 BGB zur Geschäfts- und Testierunfähigkeit wegen eines zu jungen Alters gem. §§ 104 Nr. 1, 2229 Abs. 1 BGB. Dies führt zum Verhältnis von (positiver) Geschäfts- und Testierfähigkeit zur (negativen) Geschäfts- und Testierunfähigkeit, so dass sodann das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Geschäfts- und Testierfähigkeit zur Geschäfts- und Testierunfähigkeit näher untersucht wird.

Anschließend werden die jeweiligen Voraussetzungen der Geschäfts- und Testierfähigkeit dargestellt und auf die Konkretisierung der Rechtsprechung eingegangen, um die sich dann stellende Frage zu beantworten, ob es sich vor dem Hintergrund des unterschiedlichen Gesetzeswortlautes auch in der Sache um unterschiedliche Regelungen handelt.

Danach wird zur partiellen und relativen Geschäfts- und Testier(un)fähigkeit Stellung genommen. Abschließend wird erläutert, wie es sich mit der Geschäfts- und Testierfähigkeit beim Betreuten verhält.

Für die weitere Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 28 BeurkG ist es wichtig, einen Überblick über die Dokumentationspflichten zur Testierfähigkeit im Beurkundungsgesetz zu erhalten (§ 4).

Die unter § 3 vorgenommene Darstellung der inhaltlichen Voraussetzungen der Geschäfts- und Testierunfähigkeit macht deutlich, dass der Notar nach § 28

BeurkG die psychisch-geistige Verfassung des Testierenden bei entsprechenden Anhaltspunkten prüfen muss und der Testierende somit persönliche Daten offenbart. Damit ist das informationelle Grundrecht auf Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG betroffen, so dass vorangestellt zu prüfen ist, ob § 28 BeurkG mit dem durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleisteten Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vereinbar ist (§ 5).

Im Anschluss daran wird unter § 6 das Beurkundungsverfahren behandelt, und auf der Grundlage der unter § 3 untersuchten materiell-rechtlichen Vorgaben lassen sich die Fragen beantworten, was der Notar in Bezug auf die Geschäfts- und Testierfähigkeit prüfen und urkundlich vermerken muss

Die unter § 6 durchgeführte Untersuchung hat den Zweck der urkundlich vermerkten Tatsachen für den Zivilprozess und das Erbscheinverfahren, nämlich die Beweissicherung, gezeigt.

Im 3. Teil wird daher unter den §§ 7 und 8 im Einzelnen die Bedeutung der nach § 28 BeurkG urkundlich vermerkten Tatsachen im Zivilprozess und Erbscheinverfahren dargestellt. Dazu wird auf das Beweisrecht im Zivilprozess als streitige Gerichtsbarkeit im Unterschied zum Erbscheinverfahren als Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit eingegangen. Dabei wird auch geprüft, ob es die Möglichkeit gibt, die Testier(un)fähigkeit zu Lebzeiten oder nach dem Erbfall im Zivilprozess feststellen oder in einem selbstständigen Beweisverfahren (§ 9) beweismäßig sichern zu lassen.

Daran schließt sich der 4. Teil an, der sich mit dem Verhältnis des öffentlich-rechtlichen Beurkundungsanspruchs und der Ablehnungspflicht des Notars gem. § 11 Abs. 1 S. 1 BeurkG im Falle von Geschäftsunfähigkeit befasst. Zunächst wird unter § 10 aus Art. 14 Abs. 1 GG der Anspruch auf Durchführung der Beurkundung eines Testaments und Erbvertrages hergeleitet. Sodann wird die einfachgesetzliche Umsetzung in § 15 BNotO unter § 11 dargestellt. Dies zeigt, dass es sich bei der Beurkundungsablehnung um die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme handelt. Diese Feststellung ist die Basis dafür, um im Anschluss unter § 12 die Forderung der Literatur, dass der Notar in allen schwierig zu beurteilenden Fällen grundsätzlich beurkunden soll, zu untersuchen. Es wird sich zunächst mit den Argumenten der Literatur, die für eine Beurkundungspflicht in diesen Fällen angeführt werden, auseinandergesetzt und abschließend dazu Stellung genommen, ob der Notar in jedem Fall beurkunden sollte.

Da nun die rechtlichen Vorgaben geklärt sind, werden unter § 13 deren Ergebnisse zusammengefasst.

Im 5. Teil wird unter § 14 die praktische Umsetzung der rechtlichen Vorgaben in die Beurkundungstätigkeit der Notare behandelt. Um einen Einblick in die Anwendung der hier behandelten Vorschriften des Beurkundungsgesetzes in der