
Datum: 22.11.2011
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 Wx 80/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2011:1122.2WX80.09.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 4 T 188/09

Tenor:

Auf die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2) wird der Beschluß der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bonn vom 7. August 2009 - 4 T 188/09 - aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Entscheidung über die Beschwerde der Beteiligten zu 2) vom 27. April 2009 gegen den Beschluß (Vorbescheid) des Amtsgerichts Bonn vom 16. April 2009 - 35 VI 144/06 E - an das Landgericht Bonn zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens der weiteren Beschwerde übertragen wird.

G r ü n d e

1

I. Die erste Ehefrau des am 16. Februar 2006 an seinem letzten Wohnsitz in A verstorbenen Herrn B C (im folgenden: Erblasser) war am 28. März 2002 verstorben. Diese war in einem mit dem Erblasser geschlossenen Erbvertrag zu seiner Alleinerbin eingesetzt worden. Die Beteiligten zu 2), 3) und 4) sind die Kinder des Erblassers.

2

Nach dem Tode seiner ersten Ehefrau suchte der Erblasser eine Dame zwecks häuslicher Lebensgemeinschaft und Betreuung. Die Beteiligte zu 1) übernahm ab Januar 2003 gegen eine monatliche Vergütung die ihr angebotene Stellung im Haushalt des Erblassers. Am 12. Januar 2005 errichtete der Erblasser ein privatschriftliches Testament, in dem er die Beteiligte zu 1) zu seiner Alleinerbin bestimmte. Am 14. Januar 2005 hinterlegte er dieses Testament bei dem Amtsgericht; gleichzeitig nahm er ein früher errichtetes Testament vom 10. März 2004 aus der amtlichen Verwahrung zurück. Am 28. Januar 2005 schlossen die Beteiligte zu 1) und der Erblasser die Ehe.

3

Am 2. Mai 2005 schloß der Erblasser mit der Beteiligten zu 1) einen notariellen Vertrag, durch welchen dieser das von ihr und ihm gemeinsam bewohnte Hausgrundstück als „ehebedingte Zuwendung“ übertragen wurde. Am 30. Mai 2005 erteilte er ihr eine notarielle General- und Vorsorgevollmacht. 4

Gestützt auf das Testament vom 12. Januar 2005 hat die Beteiligte zu 1) am 17. März 2006 bei dem Amtsgericht Bonn zu Protokoll des Rechtspflegers die Erteilung eines Erbscheins als Alleinerbin des Erblassers beantragt. Die Beteiligten zu 2), 3) und 4) sind diesem Antrag entgegen getreten. Die Beteiligten zu 2) und 3) haben anwaltlich vertreten vorgetragen, der Erblasser sei im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments vom 12. Januar 2005 nicht mehr testierfähig gewesen. Sie haben zudem mit einem am 26. Mai 2006 bei dem Amtsgericht eingegangenen Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 24. Mai 2006 die Anfechtung jenes Testaments wegen Motivirrtums und arglistiger Täuschung durch die Beteiligte zu 1) erklärt. 5

Nach Durchführung einer Beweisaufnahme zur Frage der Testierfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung seines Testaments vom 12. Januar 2005 hat das Amtsgericht durch Beschluß vom 16. April 2009 im Wege des Vorbescheides die Erteilung eines Erbscheins mit dem Inhalt angekündigt, daß die Beteiligte zu 1) die Alleinerbin des Erblassers ist. Das Amtsgericht hat ausgeführt, begründete Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers im maßgeblichen Zeitpunkt habe die Beweisaufnahme nicht ergeben. Das Amtsgericht hat sich dabei insbesondere auf ein von ihm eingeholtes Gutachten der Sachverständigen Dr. D vom 5. Juni 2007 sowie auf deren ergänzende Stellungnahme vom 1. Juli 2008 gestützt. 6

Gegen diesen Beschluß haben die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 2), die zuvor auch den Beteiligten zu 3) vertreten hatten, mit Schriftsatz vom 27. April 2009 - zunächst ohne Bezeichnung des Beschwerdeführers - Beschwerde eingelegt und mit Schriftsatz vom 15. Mai 2009 klargestellt, daß Beschwerdeführerin die Beteiligte zu 2) sei. Die Beteiligte zu 2) hat weitere Ermittlungen zur Frage der Testierfähigkeit des Erblassers, insbesondere auch die Einholung eines Obergutachtens, verlangt und zudem beanstandet, daß das Amtsgericht die von den Beteiligten zu 2) und 3) erklärte Anfechtung des Testaments übergangen habe. 7

Durch Beschluß vom 7. August 2009 hat das Landgericht Bonn die Beschwerde der Beteiligten zu 2) mit der Begründung zurückgewiesen, daß die Beteiligte zu 1) in dem Testament des Erblassers wirksam zur Alleinerbin berufen sei. Einen hinreichenden Anhaltspunkt dafür, daß der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments vom 12. Januar 2005 nicht testierfähig gewesen sei, habe die von dem Amtsgericht durchgeführte Beweisaufnahme nicht ergeben. Die Sachverständige Dr. D habe auf der Grundlage der vorliegenden ärztlichen Befunde überzeugend ausgeführt, daß eine Testierunfähigkeit zu jenem Zeitpunkt nicht festzustellen sei. Daß für einen späteren Zeitpunkt, etwa zwei bis drei Monate vor seinem Tod, deutlich schlechtere geistige Fähigkeiten festzustellen seien, sei für die Beurteilung seines Zustandes am 12. Januar 2005 unerheblich. Die Vernehmung weiterer - nicht ärztlicher - Zeugen sei nicht veranlaßt. Von laienhaften Aussagen zum Verhalten und zur Person sei keine weitere Aufklärung zu erwarten. 8

Gegen diesen Beschluß des Landgerichts wendet sich die Beteiligte zu 2) mit der durch Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 16. Oktober 2009 eingelegten weiteren Beschwerde, der die Beteiligte zu 1) entgegen tritt. Die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 2) haben mit Schriftsatz vom 9. November 2009 klargestellt, daß sie den Beteiligten zu 3) nicht mehr vertreten. Dieser hat in der Folgezeit eigene Ausführungen zur Akte gereicht. 9

- II. Die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1) ist zulässig; sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. 10
1. Da der Antrag der Beteiligten zu 1) auf Erteilung eines Erbscheins vor dem 1. September 2009 gestellt worden war, ist nach der Übergangsregelung des Art. 111 Abs. 1 FGG-RG auf das vorliegende Verfahren - unabhängig vom Zeitpunkt der Einlegung der weiteren Beschwerde - und damit auch auf das Rechtsmittelverfahren und den Rechtsmittelzug noch das bis zum 31. August 2009 geltende Verfahrensrecht anzuwenden (vgl. BGH NJW 2011, 386 [387]; Senat, FGPrax 2009, 287 [288]; Keidel/Engelhardt, FamFG, 17. Aufl. 2011, Art. 111 FGGRG, Rdn. 2 mit weit. Nachw. in Fußn. 3). 11
- Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 2) gegen den Beschluß des Landgerichts ist somit als - an keine Frist gebundene - weitere Beschwerde nach § 27 Abs. 1 FGG statthaft und in rechter Form, gemäß § 29 Abs. 1 Satz 2 FGG durch den Schriftsatz eines Rechtsanwalts eingelegt worden. 12
2. Die weitere Beschwerde hat auch in der Sache - jedenfalls vorläufig - Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. 13
- a) Die Beschwerdeentscheidung der Zivilkammer beruht auf einer Verletzung des Rechts, §§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, 546 ZPO. Sie kann schon deshalb keinen Bestand haben, weil sich die Vorinstanzen nicht mit der namens der Beteiligten zu 2) und 3) erklärten Anfechtung des Testaments vom 12. Januar 2005 befaßt haben. Der Senat ist nicht aus Rechtsgründen gehindert, bei seiner Entscheidung die Tatsache zu berücksichtigen, daß diese Anfechtung namens und in Vollmacht der Beteiligten zu 2) und 3) durch den am 26. Mai 2006 bei dem Amtsgericht eingereichten Schriftsatz der jetzigen Verfahrensbevollmächtigten (nur) der Beteiligten zu 2) und damaligen Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 2) und 3) erklärt worden ist. Zwar ist das Rechtsbeschwerdegericht nach den §§ 27 Abs. 1 Satz 2, 559 ZPO an die rechtsfehlerfrei getroffenen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden. Die in den Vorinstanzen vorgenommenen Verfahrenshandlungen der Beteiligten stellt es indes ohne eine solche Bindung selbst fest (vgl. Meyer-Holz in Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 15. Aufl. 2003, § 27, Rdn. 50). 14
- Die Vorinstanzen haben das Testament des Erblassers vom 12. Januar 2005, durch das er die Beteiligte zu 1) zu seiner Alleinerbin eingesetzt hat, als wirksam angesehen, weil sich eine Testierunfähigkeit des Erblassers im maßgeblichen Zeitpunkt nicht feststellen lasse. Von diesem Ausgangspunkt hätten sie sich, wie die weitere Beschwerde zu Recht rügt, ehe die Stellung der Beteiligten zu 1) als Alleinerbin bejaht wurde mit der Frage der Anfechtung jenes Testaments befassen müssen. Letzteres haben sie nicht getan. 15
- Die formellen Voraussetzungen einer wirksamen Anfechtung des Testaments vom 12. Januar 2005 sind erfüllt: Nach § 2080 Abs. 1 BGB ist zur Anfechtung berechtigt, wem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zugute kommen würde. Dies sind - jedenfalls auch - die Beteiligten zu 2) und 3), in deren Namen die Anfechtung erklärt worden ist. Während sie im Fall der Wirksamkeit des Testaments von der Erbfolge ausgeschlossen sind, gehören sie im Fall seiner Unwirksamkeit als Kinder des Erblassers nach § 1924 Abs. 1 BGB zum Kreis seiner gesetzlichen Erben. Die nach § 2081 Abs. 1 BGB erforderliche Form der Anfechtung, nämlich die Einreichung einer entsprechenden Erklärung bei dem Nachlaßgericht ist durch den an das Amtsgericht (Nachlaßgericht) gerichteten und dort am 26. Mai 2006 eingegangenen Schriftsatz vom 24. Mai 2006 gewahrt; daß jener Schriftsatz weitere Erklärungen enthält, steht dem nicht entgegen. Auch die Jahresfrist des § 2082 Satz 1 BGB 16

ist eingehalten, da sie frühestens mit dem Erbfall beginnt (vgl. nur Palandt/Weidlich, BGB, 70. Aufl. 2011, § 2082, Rdn. 2) und bei Eingang des Schriftsatzes vom 24. Mai 2006 seit dem Tode des Erblassers noch kein Jahr vergangen war.

Tatsächliche Feststellungen zu den Anfechtungsgründen hat das Landgericht nicht getroffen. Da dem Senat als Rechtsbeschwerdegericht im vorliegenden Verfahren solche Feststellungen verwehrt sind, ist für das Verfahren der weiteren Beschwerde zu unterstellen, daß der der Anfechtungserklärung zugrunde gelegte Sachverhalt zutrifft. 17

Dabei kann allerdings nicht davon ausgegangen werden, daß ein Irrtum des Erblassers über den Eintritt seine in der Anfechtungserklärung vom 24. Mai 2006 zitierten, in dem Testament vom 12. Mai 2005 ausgedrückten Erwartung, „daß zwischen ... (seinen) Kindern und Frau E keine Unstimmigkeiten und Streitereien entstehen, sondern die Kinder Frau E für ihre aufopfernde und gute Betreuung und Pflege ihres Vaters mit Hochachtung und Respekt begegnen“, für die Einsetzung der Beteiligten zu 1) zur Alleinerbin kausal geworden sein könnte. Bei der Erwartung, der Beteiligten zu 1) mit Hochachtung und Respekt zu begegnen, handelt es sich um einen Appell des Erblassers an seine Kinder. Daß er, wenn er sich in dieser Erwartung enttäuscht gesehen hätte, von einer Einsetzung der Beteiligten zu 1) abgesehen, also im Sinne von § 2078 Abs. 1 und 2 BGB die Erklärung, durch welche diese zur Erbin eingesetzt wurde, bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde, kann ausgeschlossen werden. 18

Anders liegt es hinsichtlich der in dem Testament von dem Testament ausgesprochenen Dankbarkeit gegenüber der Beteiligten zu 1). Es liegt nicht fern, daß ihrer deshalb ausgesprochenen Einsetzung zur Alleinerbin auch die Erwartung zugrunde gelegen haben könnte, auch ihr Verhalten nach der Errichtung des Testaments werde entsprechenden Dank verdienen. Wie die Beteiligte zu 2) zutreffend geltend macht, kann auch ein Irrtum über eine solche, von dem Erblasser als selbstverständlich angesehene Erwartung Grundlage seiner letztwilligen Verfügung sein und deshalb, wenn diese Erwartungen sich nicht erfüllen, die Anfechtung nach § 2078 Abs. 2 BGB begründen (vgl. BGH NJW 1963, 246; BGH NJW-RR 1987, 1412 [1413]; BayObLG FamRZ 1983, 1275 ff., hier zitiert nach juris; OLG Hamm, NJW-RR 1994, 522 [523]; Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2078, Rdn. 5) sofern es sich dabei um einen Irrtum über einen Umstand gehandelt hat, welcher ein bewegender Grund für den letzten Willen des Erblassers war (vgl. BGH WM 1971, 1153 [1154]; BGH NJW-RR 1987, 1412 [1413]; BayObLG FamRZ 1997, 1436 [1437]; Senat, FamRZ 1990, 1038 ff.; OLG München, FGPrax 2008, 254 [258]; Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2078, Rdn. 5). Hier kann die Möglichkeit einer die Anfechtung nach diesen Grundsätzen tragenden Fehlvorstellung des Erblassers über das tatsächliche Verhalten der Beteiligten zu 1) in der Zeit nach der Errichtung des Testaments vom 12. Januar 2005 auf der Grundlage des tatsächlichen Vorbringens der Beteiligten zu 2) und 3) über das Verhalten der Beteiligten zu 1) jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, so daß die Sache deshalb unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen werden muß, damit es die insoweit bislang nicht getroffenen tatsächlichen Feststellungen nachholt. 19

Eine eigene Sachentscheidung kann der Senat insoweit nicht treffen. Die Sache ist nämlich auch nicht aus anderen Gründen im Sinne der Beschwerde der Beteiligten zu 2) zur Endentscheidung reif. 20

b) Denn das Testament vom 12. Januar 2005 kann - jedenfalls nach den bisher in den Vorinstanzen getroffenen tatsächlichen Feststellungen - nicht aus anderen Gründen, insbesondere nicht wegen einer bereits jetzt festzustellenden Testierunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seiner Errichtung als unwirksam angesehen werden. 21

Nach § 2229 Abs. 4 BGB kann ein Testament nicht errichten, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewußtseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Testierunfähig ist derjenige, dessen Erwägungen und Willensentschlüsse nicht mehr auf einer dem allgemeinen Verkehrsverständnis entsprechenden Würdigung der Dinge und der Lebensverhältnisse beruhen, sondern durch krankhaftes Empfinden oder krankhafte Vorstellungen und Gedanken derart beeinflusst werden, daß sie tatsächlich nicht mehr frei sind, sondern vielmehr von diesen krankhaften Einwirkungen beherrscht werden. Diese Unfreiheit der Willensbildung braucht nicht darin zutage zu treten, daß sich der Erblasser keine Vorstellungen von der Tatsache der Errichtung eines Testaments oder von dessen Inhalt oder von der Tragweite seiner letzten Anordnungen zu machen vermag; sie kann sich vielmehr darauf beschränken, die Motive für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung entscheidend zu beeinflussen. Testierunfähig ist deshalb auch derjenige, der nicht in der Lage ist, sich über die für und gegen die sittliche Berechtigung seiner letztwilligen Verfügung sprechenden Gründe ein klares, von krankhaften Einflüssen nicht gestörtes Urteil zu bilden und nach diesem Urteil frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln (vgl. BGH FamRZ 1958, 127 [128]; BayObLGZ 1962, 219 [223 f.]; BayObLGZ 2004, 237 [240 f.]; BayObLG ZEV 1995, 345 [346]; Senat, NJW-RR 1994, 396; OLG Rostock, OLG-Report 2009, 781 f.). Dabei geht es nicht darum, den Inhalt der letztwilligen Verfügung auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen, sondern nur darum, ob er frei von krankheitsbedingten Störungen bestimmt werden konnte (vgl. BayObLGZ 1999, 205 [210 f.]; OLG Rostock, a.a.O.).

Die Frage, ob die genannten Voraussetzungen der Testierunfähigkeit nach § 2229 Abs. 4 BGB gegeben sind, liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet (vgl. BayObLG NJW-RR 2000, 6 [7]; BayObLG ZEV 2005, 345 [346]; Senat, NJW-RR 1994, 396). Der Senat als Rechtsbeschwerdegericht kann die Feststellung des Landgerichts zu dieser Frage nur daraufhin überprüfen, ob es Verfahrensvorschriften verletzt, den maßgeblichen Sachverhalt ausreichend erforscht (§ 12 FGG, § 2358 BGB), bei der Erörterung des Beweisstoffs alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (§ 25 FGG) und hierbei nicht gegen gesetzliche Beweisregeln, die Denkgesetze oder feststehende Erfahrungssätze verstoßen hat, ferner darauf, ob die Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung vernachlässigt oder überspannt worden sind (vgl. BayObLGZ 1995, 383 [385]; BayObLG NJW-RR 2000, 6 [7]; Senat, NJW-RR 1994, 396). Eine Nachprüfung der tatsächlichen Verhältnisse selbst in der dritten Instanz ist dagegen ausgeschlossen (vgl. Meyer-Holz in Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 27, Rdn. 42). Dies schließt es aus, daß - nachdem die Vorinstanzen sachverständig beraten die Voraussetzungen der Testierunfähig verneint haben - der Senat aufgrund des Akteninhalts zu einem gegenteiligen Ergebnis kommen und es seiner Entscheidung zugrunde legen könnte.

Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2) läßt sich ein solches abweichendes Ergebnis auch nicht auf den von ihr weiter erhobenen Einwand stützen, das Testament vom 12. Januar 2005 sei sittenwidrig und deshalb gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Vielmehr geht dieser Einwand aus Rechtsgründen schon im Ansatz fehl.

Bei dem Testament vom 12. Januar 2005 handelt es sich um eine einseitige Willenserklärung des Erblassers. Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit müßte sich deshalb auf das Verhalten des Erblassers selbst gründen lassen; Vorwürfe, welche die Beschwerde gegen die Beteiligte zu 1) erhebt, scheiden als Grundlage der Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB deshalb aus. Bei der Inhaltskontrolle letztwilliger Verfügungen nach § 138 Abs. 1 BGB ist von Grundsatz der Testierfreiheit auszugehen (vgl. BayObLG ZEV 2005, 345 [348]; Staudinger/Sack/Fischinger,

BGB, Neubearbeitung 2011, Rdn. 597). Sie ist das bestimmende Element der Erbrechtsgarantie (vgl. BVerfGE 67, 329 [341]) und umfaßt die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode auf einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen und insbesondere seine gesetzlichen Erben oder einen Teil von ihnen von der Erbfolge auszuschließen (vgl. BVerfGE 58, 377 [398]; BVerfGE 99, 341 [350 f.]; BVerfG NJW 2005, 1561 [1563]). Der Grundsatz der Testierfreiheit darf durch die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB nur eingeschränkt werden, wenn sich der Vorwurf sittenwidrigen Handels des Testators auf eine klare, deutlich umrissene Wertung des Gesetzgebers oder auf eine allgemeine Rechtsauffassung stützen könnte (vgl. BGHZ 123, 368 [378]; Staudinger/Sack/Fischinger, a.a.O.). Die Testierfreiheit eines Erblassers wird deshalb durch familiäre Bindungen nicht beschränkt. Sie umfaßt vielmehr selbst die Freiheit, die Vermögensnachfolge nicht an den allgemeinen gesellschaftlichen Überzeugungen oder den Anschauungen der Mehrheit auszurichten (vgl. BVerfG NJW 2004, 2008 [2010]; Staudinger/Sack/Fischinger, a.a.O.). Die wirtschaftliche Mindestbeteiligung der nächsten Angehörigen, insbesondere auch der Kinder des Erblassers wird nicht durch eine Einschränkung der Befugnis des Erblassers, seinen Erben zu bestimmen, sondern durch das Pflichtteilsrecht geschützt (vgl. BVerfG NJW 2005, 1561 [1563]; Palandt/Ellenberger, a.a.O., § 138, Rdn. 49). Ebenso, wie es beispielsweise nicht gegen § 138 BGB verstößt, wenn ein Erblasser unter Übergehung seiner Ehefrau und seiner sonstigen nahen Angehörigen einen Freund bedenkt (vgl. BayObLG, FamRZ 1992, 226 [227]; Palandt/Ellenberger, a.a.O.), läßt sich der Vorwurf der Sittenwidrigkeit somit auch nicht darauf gründen, daß der Erblasser statt seiner Kinder seine (künftige) Ehefrau zur Erbin einsetzt.

3. Zudem beruht die Entscheidung des Landgerichts auf einer Verletzung des Rechts, soweit die Zivilkammer weitere Feststellungen zur Frage der Testierunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments vom 12. Januar 2005 für nicht geboten erachtet hat. 26

Unter der Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 12 FGG) steht der Umfang der Sachaufklärung zwar im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters, und die Ermittlungen sind abzuschließen, wenn von weiteren Ermittlungen ein sachdienliches, die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis nicht mehr zu erwarten ist (vgl. BGH WM 1994, 265 [266]; BGH FGPrax 2010, 128 [130]; Keidel/Sternal, FamFG, a.a.O., § 26, Rdn. 17, weitere Nachweise speziell zur Ermittlung der Voraussetzungen des § 2229 Abs. 4 BGB in Rdn. 77; Schmidt in Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 12, Rdn. 119). 27

Da hier lediglich die wirksame Errichtung des Testaments vom 12. Januar 2005 zu beurteilen stand, war es deshalb nicht geboten, weitere Feststellungen zur Frage der Testierfähigkeit des Erblassers gegen Ende des Jahres 2005 und zu den insoweit erhobenen Befunden zu treffen, sofern nicht Anhaltspunkte dafür gegeben waren, daß diese Befunde nicht auf einer Verschlechterung seines gesundheitlichen Zustandes beruhten, sondern geeignet im Zusammenhang mit anderen früheren Befunden, einen Rückschluß auf die Entwicklung des Krankheitsbildes und damit auch auf den Zustand im Zeitpunkt des Erblassers zur Zeit der Errichtung des Testaments zu ermöglichen. Nach den Feststellungen im Gutachten der von dem Amtsgericht beauftragten Sachverständigen Dr. D vom 5. Juni 2007 hat ein im Dezember 2005 während eines Aufenthalts des Erblassers im F, nämlich am 15. Dezember 2005 erstelltes craniales Computertomogramm zwar ein Multiinfarktsyndrom erkennen lassen; nach der gutachtlichen Stellungnahme der Sachverständigen erlaubt eine solche Diagnose einer Multiinfarktdemenz indes keinen Rückschluß auf die Situation zu einem beliebigen (früheren) Zeitpunkt. Bei ihrer Anhörung vor dem Amtsgericht im Termin vom 2. 28

April 2008 hat sie diese Angabe dahin erläutert, aufgrund des Computertomogramms vom Dezember 2005 lasse sich nicht erschließen, wann die mehreren kleineren Infarkte aufgetreten sind, dies könne ebenso vor Jahren der Fall gewesen sein wie kurz vor der Aufnahme jenes Tomogramms. Deshalb lassen sich auch aus der Bewertung der Alltagskompetenz des Erblassers, die sich in der Anlage zu dem von Medizinaldirektor G erstellten Befundbericht des Medizinischen Dienstes vom 24. Januar 2006 (Bl. 296 ff. d.A.) findet, und aus den darin aufgelisteten Störungen und Schädigungen allein keine hinreichenden Rückschlüsse auf den Zustand im Januar 2005 gründen. Entsprechendes gilt für den auf Untersuchungen vom 3. und vom 13. Januar 2006 gegründeten, im Gutachten der Sachverständigen Dr. H im Betreuungsverfahren dargestellten psychopathologischen Befund zu Anfang des Jahres 2006. Indes weist schon die Bewertung der Alltagskompetenz des Erblassers in der Anlage zu dem von Frau Dr. I unter dem 8. Oktober 2004, also zeitnah, nämlich nur rund drei Monate vor der Errichtung des Testaments, erstellten Befundbericht des Medizinischen Dienstes (Bl. 306 ff. d.A.) deutliche, dort als dauerhaft und regelmäßig bezeichnete Fähigkeitsstörungen des Erblassers, nämlich „tätliches oder verbal aggressives Verhalten in Verkennung der Situation“, „im situativen Kontext inadäquates Verhalten“, „Störungen der höheren Hirnfunktionen“, die „Unfähigkeit, eigenständig den Tagesablauf zu planen oder zu strukturieren“ sowie „ausgeprägt labiles oder unkontrolliert emotionales Verhalten“ aus. Eine nähere Auseinandersetzung hiermit und insbesondere mit der Frage, ob dies im Zusammenhang mit den Ende 2005 / Anfang 2006 über den Zustand des Erblassers den Rückschluß auf eine bestimmte Entwicklung und aus diesem Grunde zugleich auf den Zustand des Erblassers Anfang 2005 erlaubt, findet sich indes in den Entscheidungen der Vorinstanzen und den ihnen zugrunde liegenden gutachtlichen Ausführungen der Sachverständigen Dr. D indes nicht. Vielmehr fehlt insoweit die erforderliche Gesamtschau, was eine Erklärung darin finden mag, daß die Sachverständige auch nach der Erstellung ihres Gutachtens vom 5. Juni 2007 mehrfach noch Ärzte oder andere Personen über die von diesen gewonnen Erkenntnis befragt und jeweils das Ergebnis dieser Befragungen berichtet und kommentiert hat. Dies vermag diese Gesamtschau aber nicht zu ersetzen. Nicht aufgeklärt ist auch der Widerspruch, welcher sich daraus ergibt, daß Frau Dr. I einerseits in ihrem Befund vom 8. Oktober 2004 von dauerhaften „Störungen der höheren Hirnfunktionen“ berichtet hat, andererseits aber nach dem Inhalt eines von der Sachverständigen Dr. D in einem Schreiben vom 1. Juli 2008 geschilderten Telefonats vom 9. Juni 2008 gegenüber der Sachverständigen erklärt habe, sie habe „keinen Zweifel an der Geschäfts- und Testierfähigkeit des Betroffenen gehabt“; solche Zweifel bringe sie vielmehr in ihren Formulierungen zur Orientierung deutlich zum Ausdruck. Jedenfalls der zuletzt genannte Punkt macht deutlich, daß und warum auch die Verfahrensweise des Amtsgerichts, Zeugen aus dem medizinischen Bereich nicht stets selbst - in Anwesenheit der Sachverständigen - zu befragen, sondern die Befragung jedenfalls teilweise Telefonaten zwischen der Sachverständigen und dem Zeugen zu überlassen, bedenklich ist, weil so die angezeigte Erörterung der Unterlagen der Zeugin Dr. I mit dieser Zeugin und ein sich daraus ergebender Vorhalt eines möglichen Widerspruchs unterblieben sind. Die nach dem Gesagten noch gebotene Aufklärung wird durch den Tatrichter nachzuholen sein; dem Rechtsbeschwerdegericht ist sie verwehrt. Dabei kann allerdings auch der Frage nachzugehen sein, ob und inwiefern die Schwerhörigkeit des Erblassers, welche die Sachverständige Dr. H in ihrem im Betreuungsverfahren erstatteten Gutachten vom 16. Januar 2006 angesprochen und als Erschweris für eine Verständigung mit dem Erblasser bezeichnet hat, den Eindruck mangelnder kognitiver Fähigkeiten des Erblassers vermittelt oder verstärkt haben mag. Letzteres könnte auch eine Erklärung dafür bieten, wenn die von dem Erblasser verfaßten Schriftstücke einen anderen Eindruck von seinen geistigen Fähigkeiten vermitteln als ein zwischen ihm und einer mit ihm nicht vertrauten Person geführtes Gespräch.

Der Notwendigkeit weiterer Aufklärung steht es nicht entgegen, daß die Sachverständige Dr. H in dem vorstehend erwähnten Gutachten vom 16. Januar 2006 ausgeführt hat, im Zeitpunkt der Erteilung der notariellen Vollmacht vom 30. Mai 2005 für die Beteiligte zu 1) hätten „nach Aktenlage“ keine Zweifel an der Geschäftsfähigkeit des Erblassers bestanden. Denn es ist nicht ersichtlich, welchen Akteninhalt diese Sachverständige insoweit ausgewertet und weshalb sie ihn wie bewertet hat. Sofern sie sich hierbei auf die Erklärung des Notars Dr. Schmidt in seiner diese Vollmacht enthaltenden Urkunde vom 30. Mai 2005 gestützt haben sollte, der Notar habe sich „durch eingehende Unterhaltung von der erforderlichen Geschäftsfähigkeit des Erschienenen überzeugt“, wäre dies nicht geeignet die entsprechende Feststellung der Sachverständigen zu tragen. Denn zum einen ist nicht ersichtlich, welchen Inhalt diese Unterhaltung hatte. Zum anderen ist zu berücksichtigen, daß gerade an Demenz leidende Patienten oft in der Lage sind, gegenüber Außenstehenden, mit ihnen nicht vertrauten Personen durch Konfabulieren die Fassade eines geistig Gesunden aufrecht zu erhalten, welche gerade demjenigen, der nur gelegentlich oder - wie der Notar - sogar nur einmal mit dem Betroffenen Kontakt haben, oft nicht auffallen (vgl. BayObLGZ 1985, 383 [390]; BayObLG FamRZ 1997, 1511 f.).

Gerade aus dem zuletzt genannten Grund dürfte es allerdings nicht erforderlich sein, die Nachbarn des Erblassers zu vernehmen; dazu, die Frage der Testierfähigkeit des Erblassers aufzuklären, könnte eine solche Vernehmung vielmehr ersichtlich nichts beitragen. Dies gilt im Streitfall um so mehr, als der Erblasser - unabhängig von dem dafür maßgeblichen Grund - nur noch wenig Kontakt zu anderen gehabt haben soll. Soweit die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 2) hierzu in einem Schriftsatz vom 16. Juli 2009 ausgeführt haben, daß die Nachbarn „nicht zu ‚Tatsachen‘, sondern dazu gehört werden ... (sollten), dass die Beschwerdegegnerin eine ‚Kontaktsperre‘ ... verhängt“ habe, übersehen sie, daß Zeugen nur zu potentiell erheblichen Tatsachen zu vernehmen sind. Darauf, daß die Beteiligte zu 1) den inzwischen 90 Jahre alten, schwerhörigen und erkrankten Erblasser von anderen abgeschirmt haben mag, was die Beteiligte zu 2) als „Kontaktsperre“ bezeichnet, kommt es jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Frage seiner Testierfähigkeit nicht erkennbar an.

Dagegen dürfte der Grundsatz der Amtsermittlung gebieten, diejenige Person, welche im maßgeblichen Zeitraum den engsten Kontakt zu dem Erblasser hatte, nämlich die Beteiligte zu 1), in Gegenwart der Sachverständigen zu seinem Verhalten zu befragen, um hieraus gegebenenfalls Rückschlüsse auf seine geistigen Fähigkeiten und damit die Frage seiner Testierfähigkeit zu ziehen. Auch eine Vernehmung der Krankenschwester J, welche nach den Angaben im Gutachten der Sachverständigen Dr. H vom 16. Januar 2006 eine Veränderung in der Persönlichkeitsstruktur des Erblassers in den Monaten vor dem Januar 2006 bemerkt haben soll, wird angezeigt sein.

Dagegen liegt es im pflichtgemäßen Ermessen des Landgerichts, ob es einen anderen Gutachter beauftragt. Die Einholung eines „Obergutachtens“ (zur Wortwahl vgl. BGHZ 53, 245 [258] - „Anastasia“), wie es die Beteiligte zu 2) anstrebt, allein deshalb, weil eine Seite mit dem bisherigen Gutachten nicht einverstanden ist, sieht das Gesetz nicht vor (vgl. BayObLG Rpfleger 1980, 189 f.). Nach der hier gemäß § 15 FGG entsprechend anzuwendenden Bestimmung des § 412 Abs. 1 ZPO kann das Gericht nach seinem pflichtgemäßen Ermessen eine neue Begutachtung durch denselben oder einen anderen Gutachter anordnen, wenn es das bisherige Gutachten für ungenügend erachtet. In entsprechender Anwendung von § 244 Abs. 4 StPO geboten ist die Einholung des Gutachtens eines anderen Sachverständigen im Allgemeinen nur bei besonders schwierigen Fragen oder groben Mängeln des vorliegenden Gutachtens, bei Zweifeln an der Sachkunde

des Gutachters oder wenn der andere Sachverständige über überlegene Forschungsmittel oder Erkenntnisquellen verfügt (vgl. Keidel/Sternal, a.a.O., § 30, Rdn. 97; Schmidt in Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 15, Rdn. 46; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 412, Rdn. 2). Dafür ist hier derzeit nichts ersichtlich.

4. Da mit der Zurückverweisung der Sache an das Landgericht noch nicht feststeht, welche Seite im Ergebnis obsiegt, muß die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens der weiteren Beschwerde dem Landgericht übertragen werden. 33

Im Verfahren nach den §§ 27 ff. FGG entscheidet das Oberlandesgericht in dritter und letzter Instanz. Gegen den vorliegenden Beschluß ist deshalb kein weiteres Rechtsmittel gegeben. 34

Geschäftswert des Verfahrens der weiteren Beschwerde : EUR 14.000,-- 35